



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Escuela de Pregrado
Departamento de Derecho Público

EL DERECHO A LA PROTESTA

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Autor: Víctor Soto Martínez
Profesor guía: Álvaro Tejos Canales

Santiago de Chile
2015

A Daniela Paz

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN.....	6
INTRODUCCIÓN.....	9
1. La tradición de la protesta social.....	9
2. Método y estructura del trabajo.....	15
I. EL CONCEPTO DE PROTESTA.....	20
1. La protesta, el acontecimiento y otras ideas afines.....	20
2. Para una definición jurídica de la protesta.....	29
2.1. Enfoque descriptivo.....	31
2.2. Enfoque prescriptivo.....	39
3. Elementos distintivos de la protesta.....	51
3.1. Estructura comunicativa.....	51
3.2. Publicidad.....	64
3.4. El aspecto normativo: la no-violencia.....	80
II. HISTORIA DE UN CONCEPTO: DE LA REBELIÓN A LA PROTESTA.....	89
1. La rebelión en la mitología.....	95
2. La sicología del rebelde.....	98
3. Teología de la obediencia.....	104
4. Autonomía y heteronomía; autoridad pura y autoritarismo.....	118
5. Protesta y legitimidad del Estado.....	130
III. LOS TIPOS DE PROTESTA Y SU JUSTIFICACIÓN.....	134
A) La protesta legal.....	143
1. Crítica política y contestación social.....	135
2. El caso típico: las marchas.....	139
3. La huelga.....	140
4. La funa, el cacerolazo y la performance.....	144
5. Un caso difícil: las tomas estudiantiles.....	148
5.1. Análisis de la sentencia de la Corte Suprema sobre la toma del Instituto Nacional.....	151
6. El problema de la objeción de conciencia.....	160

7. Entre la legalidad y la ilegalidad: los casos de prueba (test cases).....	163
B) La desobediencia civil.....	173
1. Breve repaso histórico de la desobediencia civil	165
2. Concepto de desobediencia civil	171
3. Justificaciones de la desobediencia civil	181
3.1. El modelo liberal: Rawls y Dworkin	183
3.2. La visión de Peter Singer.....	189
3.3. La perspectiva de Michael Walzer.....	193
3.4. El modelo democrático: Arendt y Habermas.....	196
4. Síntesis.....	203
IV. PROTESTA Y DEMOCRACIA.....	206
A) Dos objeciones a la protesta.....	207
1. La objeción representativa	207
1.1. El elitismo democrático	209
1.2. Para una crítica del elitismo democrático	219
1.3. Concepciones mínimas o procedimentales de la democracia	231
2. La objeción mayoritaria	238
2.1. La democracia unitaria.....	244
B) El carácter democrático de la protesta.....	261
1. Más allá de los procedimientos	261
2. El lugar de lo político	277
V. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTESTA	286
A) Problemas de la teoría de los derechos fundamentales.....	290
1. Aspectos generales de la teoría	290
2. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos	299
2.1. La relación entre los derechos como principios y la doctrina del orden objetivo de valores.....	314
3. ¿Cuáles derechos? Aproximación teórica y dogmática.....	325
3.1. Apertura o rigidez del catálogo	325
3.2. La identificación de las normas de derecho fundamental	329
4. Síntesis.....	339
B) El derecho fundamental a protestar.....	342

1. Incardinación positiva del derecho a la protesta.....	343
1.1. Libertad de expresión	344
1.2. Participación política	356
1.3. Derecho de reunión: el derecho ignorado.....	364
2. El derecho fundamental a la protesta y la desobediencia civil	417
VI. LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA PROTESTA.....	433
A) El orden público versus el derecho a protestar.....	438
1. Inexistencia de una cláusula restrictiva de orden público respecto del derecho a protestar.....	438
2. ¿Relación de igualdad o de precedencia?	441
2.1. Bienes colectivos y derechos subjetivos.....	442
2.2. Dos soluciones posibles	446
3. El concepto de orden público	448
3.1. Breve historia del concepto.....	448
3.2. Definiciones doctrinarias. Evaluación crítica.....	455
3.3. Hipótesis sobre el orden público en nuestro ordenamiento.	475
B) El problema de la violencia.....	481
1. Definiciones filosóficas de violencia	483
1.1. Georges Sorel.....	484
1.2. Walter Benjamin	486
1.3. Hannah Arendt.....	492
2. La violencia de los manifestantes.....	499
3. La violencia de la policía	510
3.1. Un problema previo: la relación entre derecho penal y derecho constitucional	510
3.2. Las ambigüedades de la policía: problemas teóricos y prácticos	515
3.3. Denuncias concretas de violencia policial.....	530
3.4. Coda: para una policía democrática	538
CONCLUSIÓN: SIETE TESIS SOBRE LA PROTESTA SOCIAL	546
BIBLIOGRAFÍA.....	554

RESUMEN

Esta tesis se propone estudiar el derecho a la protesta desde la teoría constitucional. Ello supone la consideración del derecho a la protesta como un derecho autónomo, con ciertas características propias que, si bien se cruzan con otros derechos fundamentales -como la libertad de expresión, la participación política y el derecho de reunión, también analizados a lo largo de este trabajo-, le confieren un ámbito de análisis bastante fecundo.

En este sentido, esta tesis tiene dos objetivos generales: primero, elaborar una teoría del derecho a la protesta e integrarla coherentemente en una teoría de la democracia. Esto significa en términos simples determinar si la protesta es *a)* coherente con el sistema democrático y, en caso que la respuesta sea afirmativa, *b)* cuál es su relevancia para dicho sistema. En virtud de esta respuesta, se plantea un segundo objetivo relevante: determinar el grado de intensidad de la protección jurídica que merece la protesta (en particular si puede configurarse como un derecho fundamental) y cuál *debe* ser la reacción normal de las autoridades frente a la protesta social.

Este trabajo es principalmente teórico, conceptual y doctrinario. Es decir, se enmarca en el análisis de las diversas teorías que se han formulado sobre una serie de fenómenos e instituciones, como la protesta, la desobediencia civil, la violencia, la democracia y los derechos fundamentales. En este sentido, se trata también de un estudio sobre los conceptos que dichas teorías utilizan para explicar esos fenómenos. Finalmente, se discute con los diversos académicos y teóricos del derecho que han tocado estos temas.

El trabajo está ordenado de la siguiente manera:

En el Capítulo I, se elabora un concepto de protesta que intenta ser consistente desde el punto de vista de las ciencias jurídicas y sociales.

En el Capítulo II, se hace una revisión de la historia de dos ideas concatenadas con la protesta: la rebelión y la desobediencia, con el objeto de

dilucidar en qué consiste la "originalidad" de establecer un "derecho a la protesta".

Posteriormente, en el Capítulo III, se presenta un análisis de las formas en que se manifiesta la protesta y la justificación de cada una de estas formas en el marco del régimen democrático, en particular la desobediencia civil.

En el Capítulo IV se resuelve una de las dos interrogantes más relevantes de esta tesis: la posibilidad de una conexión entre la protesta y el régimen democrático.

El Capítulo V está dedicado a la segunda interrogante: la posibilidad de construir jurídicamente el derecho fundamental a la protesta, determinar su incardinación jurídico-positiva y sus diversos niveles de protección a nivel constitucional.

Finalmente, en el Capítulo VI se analizan los límites de la protesta y los obstáculos teóricos que suelen oponerse a su plena consagración jurídica.

Disobedience, in the eyes of anyone who has read history, is man's original virtue. It is through disobedience that progress has been made, through disobedience and through rebellion.

Oscar Wilde

El derecho es como un Saturno devorando a sus hijos; no le es posible renovación alguna sino rompiendo con el pasado

Rudolf Ihering

No hay democracia sin protesta, sin posibilidad de disentir, de expresar las demandas. Sin protesta la democracia no puede subsistir

Roberto Gargarella

INTRODUCCIÓN

1. La tradición de la protesta social

Este trabajo tiene como primer referente la realidad práctica de la protesta en la sociedad chilena de comienzos del siglo XXI. Su germen se encuentra en las protestas de 2005 contra la creación del Crédito con Aval del Estado -política educacional que menos de una década después ha resultado ser altamente defectuosa- y en las protestas protagonizadas por el movimiento estudiantil de 2006, primeros atisbos de lo que sería luego el movimiento social de 2011, que ha causado un profundo impacto en la política nacional.

La intuición de fondo es que la protesta social ha modelado la evolución institucional y social de nuestro país. Esto significa que las diversas reformas y transformaciones legales que se han realizado a lo largo de nuestra historia generalmente han tenido como punto de partida la acción extra-institucional de los movimientos de protesta. En este sentido, como sostienen Gabriel Salazar y Julio Pinto¹, una revisión somera de las codificaciones legales en Chile nos muestra que existe una gran diferencia entre la legislación decimonónica y la legislación del siglo XX, ya que esta última incorporó a amplios sectores sociales que la primera oleada codificadora había excluido. Es decir, en contra de la tendencia oligárquica del siglo XIX, que apuntaba a des-totalizar y des-socializar la política, la corriente legislativa del siglo XX tendió a la totalización

¹ SALAZAR, Gabriel, y PINTO, Julio. 1999. *Historia contemporánea de Chile I. Estado, legitimidad, ciudadanía*, Santiago, LOM, pp. 183-189.

de la sociedad chilena (por ejemplo, a través del sufragio universal efectivo con el voto de las mujeres en 1949, o a través del fortalecimiento de los trabajadores con el Código del Trabajo de 1931).

Sin embargo, el sistema institucional chileno mantuvo -y ha mantenido- a lo largo de su historia republicana un importante sesgo oligárquico². Esto genera una duda importante: si la oligarquía suele aprovecharse de un escenario político des-totalizado, ¿cómo es posible que ella misma haya tendido en el siglo XX a la ya referida totalización? Para Salazar y Pinto la respuesta se hallaría en la movilización de la sociedad civil, fenómeno que genera lo que ellos denominan "flujos de historicidad"³, acciones políticas que resquebrajan el entramado a-histórico de las instituciones establecidas, "que circulan libremente, por dentro y por fuera de los sistemas políticos, a despecho de cualquier oligarquismo y, por lo común, tejiendo y retejiendo telarañas de integración y solidaridad"⁴. Se trata de movimientos de la comunidad social que, a pesar de tener un fuerte componente político, trascienden el ámbito de la política formal, involucrando facetas económicas, culturales y societales⁵.

Así, podríamos sostener que las reformas laborales y constitucionales de los años 20' fueron un producto directo de la presión extra-institucional ejercida por el movimiento anarquista y estudiantil, por las sociedades mutuales y por

² Los autores sostienen que, si bien en Chile nunca hemos tenido una tradición personalista, nuestro sistema sí se ha caracterizado por su *oligarquismo*: "la recurrente ocupación de los roles de comando del sistema político por una misma red social, profesional o ideológica de los individuos, en desmedro de una efectiva interacción ciudadana". *Ibíd.*, p. 184.

³ *Ibíd.*, pp. 186-187.

⁴ *Ibíd.*, p. 187.

⁵ *Ibíd.*

los partidos obreros. De la misma forma, es posible argumentar que los programas transformadores de los gobiernos de Frei Montalva y Salvador Allende fueron producto de la acción sostenida de los movimientos populares que cada cierto tiempo irrumpían en el espacio público chileno con hechos de protesta y a veces de violencia callejera⁶. Idéntica vinculación puede aventurarse entre las jornadas de protesta que se iniciaron en 1983 y la derrota de Pinochet en el plebiscito de 1988, así como entre las multitudinarias protestas de 2011 y la actual discusión sobre cambio constitucional y reforma educativa.

Por cierto, la forma en que las instituciones respondieron a la presión social fueron diversas en todos estos casos -y, en el último, se trata todavía de una incógnita. Pero independientemente de los posteriores procesos de cooptación o incluso de oligarquización de muchos de estos movimientos, es necesario que tengamos presente la relevancia de su acción rupturista para el proceso de democratización del Estado chileno. En este sentido, Charles Tilly - el gran teórico de los movimientos sociales- dijo alguna vez que "todos los caminos a la democracia se transitaron mediante intensas luchas; la

⁶ "El allendismo no pudo consolidarse sino después del reventón histórico de 1957 [año de la famosa "batalla de Santiago"] (...) y de la conformación clasista del Frente de Acción Popular (FRAP). Pero los efectos del movimiento VPP [movimiento de violencia política popular] fueron aún más lejos, ya que también arrastraron a la calle a grupos o estratos que habían permanecido encerrados en su funcionalidad o estancados en su marginalidad, como fue el caso de los estudiantes, la militancia de base y los pobladores". SALAZAR, Gabriel. 1990. *Violencia política popular en las Grandes Alamedas*, Santiago, Ediciones SUR, p. 286.

democracia nunca resultó barata"⁷. La democratización siempre sería resultado "de un conflicto entre gobernantes, aspirantes a gobernantes y otros actores políticos, incluyendo segmentos movilizados de la población en general"⁸. ¿Cuáles son, pues, las funciones de los movimientos sociales en este proceso de democratización? Salazar y Pinto apuntan algunas:

"los movimientos sociales contribuyen: 1) a convertir en *hechos políticos* los déficit comunales del sistema legal; 2) a ensanchar la *opinión y el espacio públicos*, lo que permite rodear, cercar y someter a presión el espacio funcional de lo político; 3) a producir espontáneamente momentos plenos de *integración comunal* (sectorial) de la sociedad, demostrando con hechos lo mismo que se demanda; y 4) a crear y consolidar, de modo transitorio en lo político pero duradero en lo cultural, poderes sociales de opinión y de acción que, de hecho, actúan como contra-poderes o *poderes duales* dotados de una fuerte potencialidad de permeación viral y expansión epidémica, en lo actitudinal y conductual"⁹

Es decir, los movimientos sociales no sólo ayudarían a ensanchar el ámbito de lo políticamente decidible, sino que además serían contagiosos: modificarían prácticas y actitudes del resto de la sociedad. Estos cuatro

⁷ TILLY, Charles. 2005. "La democratización mediante la lucha". *Sociológica*. Año 19, N° 57, p. 41.

⁸ *Ibíd.*, pp. 41-42.

⁹ SALAZAR, Gabriel, y PINTO, Julio. *Op. Cit.*, p. 189.

elementos -todos presentes en la práctica de la protesta- serán analizados en algún punto a lo largo de esta tesis.

Como ya se podrá haber deducido, estos procesos no son privativos de nuestro país. En efecto, la protesta es un tipo de acción política que ha surgido - con mayor o menor intensidad- en prácticamente todos los países de Occidente, y a lo largo de diversos momentos del proceso de democratización. Pero además se trata de un rasgo esencial de la política latinoamericana. Susan Eckstein habla, en este sentido, de una larga "tradición latitudinaria" en América Latina, marcada por dos elementos característicos: el catolicismo popular y el centralismo burocrático¹⁰. Es decir, *nuestra* protesta se configuraría como una tradición autóctona, no directamente reconducible a los movimientos marxistas o liberales europeos. Una tradición que habría introducido elementos religiosos en la lucha en contra de las injusticias sociales.

Desde otra perspectiva, el filósofo Arturo Roig habló en su momento de una verdadera "moralidad de la protesta" en América Latina¹¹. Esta moralidad configuraría una de las bases de la filosofía latinoamericana, filosofía que, según Nazareno Bravo, se caracteriza por presuponer "un sujeto activo [y colectivo] que, a partir de una práctica concreta vinculada con la satisfacción de demandas, reconoce su importancia y dignifica su vida"¹². Los valores centrales

¹⁰ ECKSTEIN, Susan. "Poder y protesta popular en América Latina", en: ECKSTEIN, Susan (coordinadora). *Poder y protesta popular. Movimientos sociales latinoamericanos*, México, Siglo XXI, 2001, pp.68-70.

¹¹ Véase: BRAVO, Nazareno. "Movimientos sociales y acción colectiva como bases de la filosofía latinoamericana", Polis. Revista de la Universidad Bolivariana, Vol. 9, N° 27, 2010.

¹² *Ibíd.*, p. 47.

de esta filosofía serían el disenso y "la afirmación de una alteridad que sirve como foco de resistencia ante una lógica dominante que no resiste otredades"¹³. Efectivamente, el disenso es una de las ideas clave que analizaremos a lo largo de este trabajo, y la idea de alteridad estará implícita en nuestra idea de formación del sujeto político.

Finalmente, es innegable que este trabajo transita un sendero ya abierto por el profesor argentino Roberto Gargarella, quien definió hace poco menos de una década los elementos básicos de este derecho que a algunos les parece tan "nuevo": el derecho a protestar por nuestros derechos fundamentales. Un derecho orientado a llamar la atención sobre los problemas de ciertos grupos desaventajados, y a corregir las injusticias del sistema.

En este punto, sin embargo, me gustaría hacer una advertencia preliminar. Este argumento -la idea de la protesta como un derecho fundamental correctivo, como un medio para la lucha contra la injusticia- no será latamente desarrollado en este trabajo. No porque esta idea sea errónea o carezca de importancia práctica. Al contrario: si algo nos lleva a protestar es -en primer lugar- nuestra reacción frente a la injusticia. Asimismo, suelen ser los grupos desaventajados -los pobres, los excluidos- los que suelen lidiar con las injusticias del sistema de manera cotidiana, y los que le otorgan a las diversas rebeliones sociales su carácter más transformador.

¹³ *Ibíd.*, p. 47.

Sin embargo, el afán de este trabajo ha sido explorar no sólo la posibilidad de la protesta en sociedades altamente injustas y desordenadas, sino también la protesta que se articula en sociedades que han traspasado el umbral del sub-desarrollo (al menos, según las mediciones macroeconómicas). Es decir, este trabajo busca entender a la protesta como una forma de acción política orientada al enriquecimiento de la democracia y los derechos fundamentales. En este sentido, el derecho a protestar no se agotaría sólo en la lucha contra las mayores y más obvias injusticias que nos aquejan, sino que se articularía como un importante factor en la lucha contra la desigualdad estructural de nuestro sistema económico-político.

2. Método y estructura del trabajo

La primera aproximación a la protesta en esta investigación fue una aproximación empírica, pero no desde afuera -tomando a la protesta como un objeto de contemplación- sino desde adentro, de un modo subjetivo y práctico, como partícipe del movimiento de protesta en nuestro país. Sin embargo, a medida que la investigación tomaba cuerpo, se hizo necesario entrar en una serie de profundizaciones teóricas, conceptuales y argumentativas que para algunos podrán resultar excesivamente abstractas, pero que eran de gran relevancia para cumplir uno de los objetivos planteados: demostrar la pertinencia teórica del estudio de la protesta y su relevancia para el derecho y la democracia. Estamos insertos -querámoslo o no- en una disciplina altamente

sofisticada, y cualquier estudio serio de la protesta debe integrarse en un diálogo con esa tradición. Sólo a través de dicho diálogo nuestro estudio puede ser fructífero, entendiéndolo no como un fin, sino como un medio para la comprensión cabal de nuestras propias prácticas políticas o, como diría Hannah Arendt, como una forma de "pensar en lo que hacemos".

Ese diálogo nos lleva a elaborar un enfoque diverso al de la doctrina dominante, entendiendo al derecho constitucional como una disciplina que, además de insertarse en la praxis, recibe influencias de la filosofía, la sociología y otras ramas de las ciencias sociales. Se trata de un enfoque que no es común en la doctrina constitucional chilena, que se entiende a sí misma como una ciencia basada en dos actividades: i) sistematización de la normativa constitucional, y ii) análisis de la jurisprudencia sobre dicha normativa. Sin embargo, su aproximación al primer punto suele desestimar el trasfondo polémico de las normas, petrificando la realidad social en unas cuantas frases sacramentadas, mientras que su aproximación al segundo punto muchas veces privilegia la descripción sobre la crítica. No extrañará, entonces, que aquí el investigador se atreva a ejercer su propio derecho a disentir. Y es que cualquier estudio profundo de la Constitución, y más si se trata de un estudio inaugural y exploratorio, debería partir de un enfoque multidisciplinario.

Ahora bien, es necesario realizar algunas prevenciones. Primero, que esta tesis se propone estudiar el derecho a la protesta desde una perspectiva teórica. Esto sin perjuicio de lo que señalábamos más arriba, es decir, el

compromiso hacia la práctica real de la protesta social en Chile. Que sea una tesis teórica significa que es una tesis centrada en el análisis de los autores que tocan el tema de la protesta o temas concomitantes (como la violencia, el orden público, la naturaleza de la obligación política, etc.), y no en una investigación sobre la jurisprudencia existente, sin perjuicio de que se incluyó el análisis de algunas sentencias relevantes sobre la protesta, cuando ello se consideró pertinente. Tampoco se trata de un estudio de campo sobre la reacción estatal frente a los actos de protesta, sin perjuicio de que se hizo referencia, cada vez que se estimó necesario, a la amplia documentación existente sobre esta materia. Subyace a este trabajo el intento de articular una idea jurídica coherente de la protesta (en el marco de un régimen democrático) que pudiera enlazarse adecuadamente con el análisis jurisprudencial y el estudio empírico que en la actualidad se encuentra más o menos cubierto por múltiples organizaciones no gubernamentales, y por el mismísimo Instituto Nacional de Derechos Humanos.

El objetivo más relevante de esta tesis es, pues, construir una teoría del derecho a la protesta e integrarla coherentemente en una teoría sobre la democracia constitucional. Esto significa a grandes rasgos determinar si la protesta es *a)* coherente con el sistema democrático-constitucional y, en caso que la respuesta sea afirmativa, *b)* cuál es su relevancia para dicho sistema. Por otra parte, el segundo objetivo más relevante de este trabajo es la configuración de un derecho fundamental a protestar y determinar su

incardinación jurídico-positiva. Ello implica elaborar una tesis clara respecto de cuál *debe* ser la reacción normal del Estado frente a la protesta social. En conformidad a este deber-ser, finalmente, se elabora la crítica. Crítica que opera en tres ámbitos superpuestos: crítica de la teoría y doctrina constitucional dominantes, crítica de las normas constitucionales y administrativas que regulan la protesta, y crítica de la práctica institucional efectiva de las diversas autoridades estatales en relación a la protesta.

Pero antes de entrar en terreno, este trabajo se propone el desafío de reflexionar sobre la protesta como práctica, lo cual requiere la elaboración de un concepto que funcione tanto a nivel descriptivo como prescriptivo y que sea útil para los objetivos de este trabajo. Por otro lado, ello supone analizar sus elementos distintivos, su relación con la resistencia y la revolución, con el orden jurídico y el cambio social. Esta es la tarea del capítulo I. El capítulo II, en tanto, indaga de manera más profunda en la vinculación protesta-desobediencia-resistencia, e intenta discutir desde la filosofía y la literatura dos prejuicios teóricos usuales en esta materia: la preferencia de la obediencia por sobre la crítica y la demonización de la rebelión.

A partir de las definiciones del capítulo I y la reflexión del capítulo II, el capítulo III se propone dos cosas: elaborar el bosquejo de una tipología de la protesta en el momento político actual, y justificar un tipo específico de protesta: la desobediencia civil.

Llegamos así a la parte central de la tesis, el capítulo IV, que estudia y discute las diversas teorías sobre el régimen democrático, para llegar a una doble conclusión: la compatibilidad de la protesta con la democracia, y la relación de interdependencia entre ambas.

El capítulo V, por otro lado, se mueve en un terreno más tradicional: la incardinación jurídico-positiva de la protesta. Aquí se analizan el derecho a la participación política, la libertad de expresión y el derecho de reunión, con un especial énfasis en este último, ya que es un derecho poco estudiado por la mayor parte de la doctrina. Pero antes de entrar en materia, se analiza la vinculación del derecho a protestar con la teoría de los derechos fundamentales. El motivo de este excursus es enfrentar algunos de los prejuicios normativistas usuales contra la incorporación de derechos "nuevos" (o de contenidos nuevos en derechos antiguos) a la Carta Fundamental. Asimismo, dicha reflexión nos servirá para criticar algunos aspectos elementales de la teoría iusfundamental, rescatando el sustrato revolucionario de los derechos en oposición a la concepción liberal estabilizadora propia de la doctrina dominante. Dicho sustrato está directamente conectado con la teoría de la protesta y la democracia esbozada en los capítulos anteriores.

Finalmente, el capítulo VI analiza los dos límites doctrinarios de la protesta: violencia y orden público. Se trata de un análisis de corte filosófico-jurídico que decanta en una crítica hacia las instituciones policiales en nuestro país.

I.

EL CONCEPTO DE PROTESTA

1. La protesta, el acontecimiento y otras ideas afines

El concepto de protesta sobrepasa el ámbito jurídico. Esto no debiera ser ninguna sorpresa. En un sentido básico todo concepto legal que además posea cierta relevancia social sobrepasa el ámbito de aplicación del derecho. Así ocurre incluso con conceptos bastante usados en la ciencia jurídica, como propiedad o contrato. Sin embargo, cuando decimos que el concepto de protesta sobrepasa el ámbito jurídico, nos referimos a un elemento distintivo de la protesta, que la contrapone a conceptos como propiedad o contrato. Este elemento distintivo va más allá de su carácter a-típico (en el sentido de no tipificado por las normas legales), cuestión que es contingente, sino que dice relación con el hecho de que se inserta dentro de la *acción política*. En otras palabras, la protesta tiene un elemento que escapa a su completa institucionalización, a su completa subsunción dentro de la norma jurídica.

La protesta, tal como será concebida en este trabajo, debe entenderse emparentada con el *acontecimiento político*, no en el sentido de que ella misma sea -por si sola- un acontecimiento, sino en el sentido de que el acontecimiento político está dentro de su horizonte de posibilidad.

El acontecimiento político por excelencia es la revolución o la situación revolucionaria. En términos bastante simplificados, un acontecimiento es una

ruptura respecto de la situación preexistente, la *excepción* en el sentido de Carl Schmitt, o incluso el milagro en el sentido teológico. En este sentido, el propio Schmitt le otorga al estado de excepción una condición análoga al milagro en teología¹⁴. Esta analogía también es visible en la obra de Hannah Arendt. Para la filósofa alemana, la acción política se define precisamente por el hecho de "tomar una iniciativa, comenzar[...], poner algo en movimiento".¹⁵ Y comenzar significa básicamente iniciar algo *nuevo*, algo que "no puede esperarse de cualquier cosa que haya ocurrido antes"¹⁶. Se trata del advenimiento de lo inesperado:

"Lo nuevo siempre se da en oposición a las abrumadoras desigualdades de las leyes estadísticas y de su probabilidad, que para todos los fines prácticos y cotidianos son certeza; por lo tanto, lo nuevo siempre aparece en forma de milagro. El hecho de que el hombre sea capaz de acción significa que cabe esperarse de él lo inesperado, que es capaz de realizar lo que es infinitamente improbable"¹⁷.

Así, la acción se entiende ligada al acontecimiento. El acontecimiento es un acto *fundador* que, si bien surge en el contexto de una situación previa, no es fundado por ella, ya que la trasciende. En otras palabras, la revolución (el acontecimiento) reviste los caracteres de la novedad radical: una situación

¹⁴ SCHMITT, Carl. *Teología política*, Buenos Aires, Struhart & Cía., 1985, p. 95.

¹⁵ ARENDT, Hannah. *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993, p. 201.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ *Ibíd.*, p. 202.

ininteligible, que no puede ser prevista a partir de los fenómenos que la preceden¹⁸.

Una gran cantidad de pensadores han estudiado este fenómeno desde distintas perspectivas. Se trata de una idea analizada, entre otros, por la ya citada Arendt, Foucault, Deleuze, Lacan, Zizek y, por cierto, Alain Badiou. Este último es quien ha hecho la elaboración más acabada del concepto, ya que lo utiliza como base de un estudio ontológico, matemático y político. Nos centraremos solamente en este último aspecto.

Existe un acontecimiento político, explica Badiou, cuando su materia es colectiva, es decir, cuando dicha situación política es universalizable, cuando incluye a todos. De manera más profunda, el pensamiento político sólo puede existir como pensamiento de "todos", como pensamiento de la totalidad. Por eso, la principal actividad política es la *reunión* (que, para Badiou es una "metonimia local del carácter intrínsecamente colectivo" de la acción política¹⁹). Por otra parte, la política se identifica -en el pensamiento de Badiou- con la política emancipadora. Por efecto de esta identificación, es evidente que la situación política (intrínsecamente revolucionaria) presentaría un carácter *infinito*. Es decir, se trataría de una situación abierta a una infinidad de posibilidades -escaparía a las posibilidades dadas por la situación previa. Para

¹⁸ CAMARGO, Ricardo. "Revolución, acontecimiento y teoría del acto. Arendt, Badiou y Zizek", Ideas y valores, N° 144, Bogotá, 2010, pp. 101-102.

¹⁹ BADIOU, Alain. "Politics as truth procedure", en: *Theoretical writings*, London, Continuum, 2005, pp. 153-154.

Badiou, la política rompe con lo que anteriormente era considerado "posible"; se trata, pues, de la deliberación misma sobre lo posible.

Confrontemos esta idea con la realidad nacional. Si bien es discutible que el año 2011 hayamos presenciado una revolución o un acontecimiento revolucionario en sentido estricto, la situación de las protestas sociales de aquel año (lideradas por el movimiento estudiantil, pero también por una amplia gama de organizaciones de la sociedad civil) sí generó una discusión que amplió el horizonte de posibilidad de la política chilena. Así, cuestiones como el lucro en la educación, la selección en los colegios, la desmunicipalización, o la gratuidad de la educación superior, impensables políticamente antes de las protestas, se convirtieron en el centro de la discusión pública en los años posteriores, discusión que incluso se ha traducido en diversos proyectos de ley en la línea de lo planteado por las protestas de 2011. Lo que ayer era considerado imposible, el día de hoy se convierte en una realidad.

Badiou tiene otra frase para referirse a este fenómeno: se trata de una decisión sobre lo indecidible²⁰. Lo decidible es generalmente un ámbito bastante acotado: se puede decidir, por ejemplo, la posibilidad de una reforma tributaria, pero no un cambio en la estructura económica. Se puede decidir la creación de una empresa estatal, pero no la introducción de un "área social de la economía". Se puede decidir, finalmente, la introducción de mejores

²⁰ Véase: "On subtraction", en: *Ibíd.*, pp. 146-147.

mecanismos de negociación colectiva, pero no la transferencia de una empresa a una colectividad de trabajadores.

Esta delimitación de lo decidible se puede homologar a la clasificación enciclopédica del conocimiento. Todo lo que cabe dentro de la enciclopedia es aquello sobre lo cual no hay discusión, aquello que es un conocimiento arraigado. Pensemos, por ejemplo, en Wikipedia: si bien se trata de una enciclopedia permanentemente abierta a modificaciones por parte de los propios usuarios, existen ciertos consensos sobre la información establecida; todo aquello que no ha sido verificado según los mecanismos convencionales o lo que no cabe dentro de dichos contenidos consensuados pasa a una sección especial que se llama precisamente "Discusión". En el fondo, lo que toda enciclopedia rechaza o deja afuera es el pensamiento especulativo, los quizás y tal vez del pensamiento, la incertidumbre. Pues bien, el acontecimiento toma una decisión en una zona de incertidumbre enciclopédica²¹. Este hecho lo ejemplifica Badiou con el caso real de la ocupación de una iglesia por parte de un grupo de inmigrantes ilegales. A través de dicha protesta ellos declararon públicamente su existencia y dignidad, e impugnaron su condición -a ojos del Estado- de "inmigrantes ilegales". Al hacerlo no sólo "aparecieron" en el espacio público ante el resto de la colectividad, sino que lo hicieron tomando una

²¹ *Ibíd.*, p. 147.

decisión sobre algo que, antes de su protesta, era indecible: la condición misma del inmigrante ilegal²².

Decidir lo indecible: ¿no es esta una de las características del acto soberano? Carl Schmitt decía que soberano es quien decide sobre el estado de excepción²³. Es decir, quien dispone de la posibilidad de realizar aquello que es jurídicamente imposible: la ruptura de la normalidad que define a la norma.

Es evidente que en toda protesta existen prácticas que llevan implícita la noción de soberanía. Esta cercanía con el concepto viene dado por su carácter de *acción directa*. Sin embargo, más allá de cualquier retórica, en último término la protesta y la soberanía no pueden identificarse. Mientras la soberanía reúne los atributos del poder público -recordemos que, según la clásica definición de Jean Bodin, la soberanía es el "poder absoluto y perpetuo de una república"²⁴-, la protesta es la apelación popular de quienes no tienen el poder contra quienes sí lo tienen. Por lo tanto, en la protesta no hay nada absoluto.

Por otro lado, tampoco hay en ella nada perpetuo (aunque toda acción humana se defina por el carácter ilimitado de sus consecuencias²⁵). La verdad

²² Ibíd. Ahondaremos en esta faceta de la protesta cuando nos refiramos a la democracia según Rancière. Ver: *Infra*, Capítulo IV, Sección B), parágrafo 2.

²³ SCHMITT, Carl. *Teología política*, Op. Cit., p. 35 y ss.

²⁴ BODIN, Jean. *Los seis libros de la República*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 47.

²⁵ Es lo que Arendt denomina la "ilimitación" de la acción: "el acto más pequeño en las circunstancias más limitadas lleva la simiente de la misma ilimitación [de la acción política], ya que un acto, y a veces una palabra, basta para cambiar cualquier constelación. Más aún, la acción, al margen de su específico contenido, siempre establece relaciones y por lo tanto tiene una inherente tendencia a forzar todas las limitaciones y cortar todas las fronteras". Op. Cit., p. 214. Aquí vemos claramente el carácter *trágico* de la acción: la inevitabilidad de prever todas las consecuencias y las posibles ramificaciones de nuestros actos, así como -por otro lado- la imposibilidad -a priori- de deshacer lo hecho. Para el pensamiento griego era precisamente esa impotencia, esa fragilidad, lo que les daba a los hombres su condición trágica.

es que, en este punto, tanto el acontecimiento político como la protesta se alejan del concepto de soberanía, al menos tal como ha sido entendido en la tradición jurídica continental. Tanto la protesta como el acontecimiento se caracterizan por su singularidad. Por eso, si bien la protesta puede constituir una ruptura con la normalidad del orden político y trastocar, mientras dura su ocurrencia, el orden instituido, es preciso que tengamos claro que la ruptura generada por la protesta siempre es transitoria.

Finalmente, confrontando ahora el concepto con la imagen schmitteana, el soberano definiría lo que es el derecho sin ubicarse necesariamente dentro de él, mientras que la protesta y otras formas cercanas de acción política lo que hacen es *impugnar* la norma *dentro* de un contexto en el cual la norma jurídica sigue siendo dominante. Es más, se podría decir que la protesta se define por su aceptación implícita de ciertos presupuestos comunes del orden establecido y de la estructura social, incluso si los actores de la protesta se proponen su eventual destrucción.

¿Significa esto que la protesta es fútil? No, pues todo acto auténticamente político -y no solo el acontecimiento entendido como revolución o revuelta- tiene un carácter creador. Al respecto, habría que pensar en la misma definición de acción que da Arendt, como el inicio de lo nuevo. Recordemos que otra de las analogías utilizadas por la autora para explicar el concepto de acción es la natalidad:

"El milagro que salva al mundo, a la esfera de los asuntos humanos, de su ruina normal y "natural" es en último término el hecho de la natalidad, en el que se enraíza ontológicamente la facultad de acción"²⁶.

En todo nacimiento hay un hecho singular y único, algo que escapa a todo lo precedente. En el nacimiento de nuevos seres humanos se sustenta también nuestra perenne posibilidad de actuar, de comenzar de nuevo.

La democracia, tal como será entendida en este trabajo, está profundamente emparentada con esta dimensión creativa de lo político y, por ende, con la protesta. Como bien indica Cornelius Castoriadis, la democracia es una idea extravagante, pues rompe con los presupuestos de la ontología tradicional²⁷. Según el autor griego, la ontología tradicional no fue capaz de concebir la noción de "creación auténtica", sino sólo la construcción, es decir, la modelación a partir de las formas preexistentes. Asimismo, los filósofos y teólogos creyeron que el mundo era determinable, es decir, compartieron la idea de un ser a-temporal, fuera del tiempo, lo cual -en último término- niega la libertad del hombre: "si algo está verdaderamente determinado lo está desde siempre y para siempre"²⁸.

Por el contrario, si la acción política es inherentemente creativa, significa que mediante ella podemos romper con la determinación. Que las cosas hayan

²⁶ ARENDT, Hannah. Op. Cit., p. 266.

²⁷ La extravagancia democrática será explorada en el capítulo IV.

²⁸ CASTORIADIS, Cornelius. "Lo imaginario: la creación en el dominio historicosocial", en: *Los dominios del hombre. Las encrucijadas del laberinto*, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 65.

sido de una manera el día de ayer no significa que seguirán siendo así mañana. Dicho en términos jurídicos: que el día de hoy tengamos la constitución política que tenemos, las leyes que tenemos, no significa que no podamos modificarlas en el futuro. El cuestionamiento de las leyes, la revisión incluso de nuestra constitución, es decir, de los mismísimos rasgos que nos definen como comunidad política, es lo que caracteriza a la política auténtica, y por eso es que el régimen democrático ha sido definido como el régimen auténticamente político. Poniéndolo en palabras de Castoriadis: ella rompe el *cercos* de la sociedad instituida y se crea a sí misma. Mejor dicho: la sociedad democrática se *autoinstituye* bajo el siguiente lema: "nosotros hacemos las leyes, lo sabemos, y somos pues responsables de nuestras leyes, de modo que debemos preguntarnos cada vez: ¿por qué esta ley y no esta otra?"²⁹.

La protesta es la expresión por excelencia de este cuestionamiento a la propia institución social. Sin embargo, tiene un carácter ambiguo: por un lado, escapa de la acción política institucional, aunque, por otro, sólo existe *en relación* con las instituciones políticas. Así, es obvio que una protesta - considerada aisladamente- no conforma una revolución, pero una suma de protestas puede conllevar una revolución o, por lo menos, una reforma efectiva de la sociedad. Una reforma efectiva sólo se hace posible -o decidible- como resultado de la protesta, como resultado de la presión extra-institucional por parte de un grupo de la sociedad civil sobre las instituciones políticas y

²⁹ *Ibíd.*, p. 77.

económicas (la administración y el mercado). Esto significa, además, que la protesta sí puede tener componentes revolucionarios dependiendo de la contingencia (y dependiendo de su contenido). Una protesta sectorial, por ejemplo, un reclamo por motivos gremiales o grupales, no tendrá dichos componentes, pero si la protesta se *universaliza* -se hace política en el sentido de Badiou- entonces ella podría llamarse a sí misma revolucionaria sin entrar en contradicción.

En el fondo, lo que se quiere afirmar aquí es que, si bien la protesta puede enmarcarse perfectamente dentro de los tantos rituales políticos de una sociedad dada³⁰ -lo que hace posible que hablemos de un *derecho* a la protesta, es decir, de una protesta aceptada por el orden institucional-, ella se configura también como una acción política auténtica, por cuanto tiene un potencial de innovación, un potencial creativo, que escapa a su completa institucionalización. Sólo en un régimen político como la democracia es posible la existencia de este tipo de acción política, a medio camino entre la institucionalidad y el acontecimiento.

2. Para una definición jurídica de la protesta

Sería difícil negar la relevancia de los conceptos para el derecho moderno. Sin ir muy lejos, nuestra Constitución es pródiga en conceptos de un alto nivel de abstracción, como "igualdad", "libertad", "dignidad", "vida",

³⁰ Véase: *Infra*, Capítulo I, párrafo 3.1.2.

"público/privado", así como en otros más concretos, como "grupos intermedios", "integridad física y síquica", "reunión" y "orden público". Más allá de la norma que los encierra, el problema jurídico de nuestro tiempo parece consistir en la interpretación correcta de los conceptos. Con el auge actual del constitucionalismo, la labor interpretativa del juez pasa, asimismo, a primer plano. No nos detendremos en los problemas que acarrea esta nueva -aunque, en cierto modo, antiquísima- relación de los jueces con la norma jurídica. Sólo constataremos que, para efectos de cualquier trabajo doctrinario serio, es preciso que aclaremos previamente los conceptos con los cuales tratamos. Como se afirmó ya en la *Introducción*, esta tesis está guiada por una comprensión del derecho como expresión de la vida social, lo cual nos obliga a ubicarlo en el centro de un enfoque multidisciplinario. Esto quiere decir que, si bien el elemento básico del derecho sigue siendo para nosotros la norma o, mejor dicho, los enunciados deónticos -reglas y principios- que conforman la norma, nos alejaremos del usual enfoque normativista. Pues debajo de los enunciados deónticos lidiamos necesariamente con conceptos que el juez interpreta, y el juez interpreta dichos conceptos a la luz de un determinado contexto social³¹.

³¹ Para una crítica del enfoque normativista, véase: VON DER PFORDTEN, Dietmar. "About concepts in law", en: HAGE, Jaap, y, VON DER PFORDTEN, Dietmar (editores). *Concepts in law*, Springer (e-book), 2009, pp. 17-33. Cabe mencionar que la crítica de Von Der Pfordten es mucho más radical que lo que yo he afirmado aquí. Para él los conceptos superan incluso en importancia a las normas, y la ciencia jurídica se orienta hacia el puro análisis conceptual. Por el contrario, en esta misma tesis se diferencian análisis de corte sociológico y análisis jurídicos, pues se presupone la posibilidad de una clara diferenciación atendiendo el enfoque normativo del derecho. En este sentido, no llamaré la atención que en el análisis más propiamente jurídico

Este enfoque conceptual es aún más importante en nuestro caso, ya que la protesta es una actividad o conducta que no ha sido explícitamente instituida por el constituyente. Estamos justamente en presencia de un concepto en formación, cuya validez en la vida política y social es actualmente innegable, pero que no se ha traducido aún en instituciones jurídicas concretas. Esto requiere una doble dilucidación: sociológica y jurídica, descriptiva y prescriptiva.

2.1. Enfoque descriptivo

Antes de entrar en materia debemos hacer una precisión que no suele hacerse en los trabajos jurídicos: cuáles son los requisitos que debe cumplir un concepto para que sea teóricamente útil.

Mediante la conceptualización buscamos aproximadamente dos cosas: en un nivel básico, los conceptos nos sirven para simplificar el mundo: mediante ellos ordenamos los fenómenos que apreciamos en la realidad externa en clases o categorías. Adicionalmente, queremos que ellos sean útiles no sólo por su carácter clasificatorio, sino también para desarrollar teorías más complejas sobre las *causas* que generan los fenómenos apreciados. Este es, por ejemplo, el afán de la sociología. Como nuestra tesis es jurídica, a nosotros no nos interesará tanto la posibilidad de explicar científicamente la protesta, como la de

de esta tesis (contenido en el capítulo más extenso, el capítulo V) lo primero que se hace es identificar las normas constitucionales, y -de hecho- abogar por la preponderancia que deben otorgar los jueces al *texto constitucional*. Sin embargo, cabe señalar que el problema no se agota en la norma, sino que tan sólo comienza con ella: nuestra principal tarea consiste en la dilucidación de los conceptos que ella contiene.

justificarla a la luz de las reglas y principios del ordenamiento jurídico. Sin embargo, esto no significa que no podamos tomar prestadas un par de ideas del análisis sociológico para arribar a un concepto fructífero de la protesta.

Si bien los conceptos son representaciones mentales, ideas, frases, etc., ellos se construyen siempre a partir de una realidad externa³². Atendido esto, una buena definición descriptiva de la protesta social debería caracterizarse por dos elementos: precisión e importancia teórica³³. Esto último significa que los conceptos deben ser útiles para una teoría suficientemente informativa, es decir, con un amplio rango de aplicación. Contra lo que pudiera pensarse a simple vista, precisión y amplitud de la definición no se contradicen, pues la primera se refiere a la claridad del lenguaje y la segunda a la capacidad explicativa del concepto. ¿Hay razones para llevar esta necesaria amplitud de la sociología al derecho constitucional? Claro que sí. En primer lugar, existe una razón de orden analítico. Un concepto amplio permite ampliar también el supuesto de hecho de la norma iusfundamental; de esta forma, la exclusión de conductas incompatibles con el orden jurídico se generará esencialmente a través de las cláusulas restrictivas adosadas a la norma y no directamente por el concepto contenido en ella. Esto permite clarificar la interpretación judicial, separando el supuesto de hecho de las restricciones. Pero, más importante aún, existe una razón *normativa*. Y es que los jueces deben aplicar

³² *Ibíd.*, p. 20.

³³ OPP, Karl-Dieter. *Theories of political protest and social movements. A multidisciplinary introduction, critique, and synthesis*, Routledge (e-book), 2009, pp. 27-32.

necesariamente los principios *pro libertatis* y *pro homine*, que prescriben una interpretación amplia de los conceptos contenidos en la norma iusfundamental; un concepto amplio de protesta favorece esta interpretación.

Por otra parte, la precisión entendida como claridad del lenguaje no implica necesariamente que la definición tenga que acercarse al significado cotidiano de una expresión, ya que este significado es generalmente vago o ambiguo³⁴. Sin embargo, tenerlo en consideración puede ser útil, ya que una formalización extrema del lenguaje puede terminar desnaturalizando toda descripción. Contrariamente a lo que prescribe la sofisticación teórica de nuestro medio, no es necesariamente un error comenzar este análisis a partir de los diccionarios; como afirma Massimo Leone, ellos nos permiten obtener una "cartografía" de la articulación de un concepto "en un determinado contexto lingüístico, cultural e histórico"³⁵. El error consiste en tomar acríticamente estas definiciones como la última palabra. Por lo demás, la articulación de la palabra dependerá de la intención con que el emisor la emplea (y con el receptor hacia el cual se dirige).

Así, la RAE indica que protestar es, en una primera acepción, "declarar o proclamar un propósito", y en una segunda acepción, "confesar públicamente la fe y creencia que alguien profesa para vivir". La primera nos indica su carácter declarativo, expresivo o simbólico, mientras que la segunda refiere su carácter

³⁴ *Ibíd.*, p. 30.

³⁵ LEONE, Massimo. "Breve introducción a la semántica de la protesta", Cuadernos de información y comunicación, vol. 17, 2012, p. 164.

público (nos saltamos la tercera acepción que es hacer el protesto de una letra de cambio). En su cuarta acepción se utiliza la voz 'protesta' respecto de un particular: protestar sería "expresar impetuosamente una queja o disconformidad". Una vez más advertimos el carácter declarativo, expresivo o simbólico. En tanto, la quinta dice que protestar es "aseverar con ahínco y firmeza". Esto, al igual que el "impetuosamente" de la cuarta acepción nos indica la fuerte carga semántica de la expresión, su conexión -aunque sea débil- con la resistencia (concepto que veremos en detalle más adelante). Finalmente, la sexta indica que la protesta es ni más ni menos que "expresar la oposición a alguien o algo". Esta es la dimensión de lo que aquí denominaremos *disenso*. Se trata de una dimensión necesaria de la protesta, porque es aquello que define también al concepto de lo político: el conflicto entre grupos, la confrontación de ideas sobre la sociedad. En este sentido, el ejemplo que da la RAE es decidir: *protestar contra la injusticia*.

Pero existe otra definición que es más funcional para nuestro análisis: la definición de la versión inglesa del Diccionario de la Random House, citada por el sociólogo Ralph Turner en un estudio sobre la protesta. Este diccionario define la protesta como aquella "expresión o declaración de objeción, desaprobación o disenso, usualmente en oposición a algo que una persona no tiene poder para prevenir o evitar"³⁶. Se trata de una definición evidentemente superior a la entregada por la RAE, ya que evidencia de inmediato la

³⁶ La traducción es mía. Véase: TURNER, Ralph. *The public perception of protest*, American Sociological Review, Vol. 34, N° 6, 1969, pp. 815-831.

connotación política de la palabra. Para Ralph Turner la comprensión cotidiana de la protesta contenida en la definición la identifica como la expresión de un *agravio* (grievance), esto es, la convicción de que se nos ha hecho un mal o una injusticia. Adicionalmente, se desprende que existiría cierta sensación de impotencia, porque el protestante no puede reparar ese mal o esa injusticia por sí solo; su acción iría encaminada, pues, a llamar la atención de un tercero (el gobierno, la empresa, la opinión pública) hacia su causa³⁷. En este mismo sentido, Opp define la protesta como una acción conjunta (es decir, colectiva) de individuos dirigidos a conseguir su objetivo u objetivos influenciando la decisión de un tercero³⁸.

Estas definiciones se acercan al núcleo del fenómeno, pero no son suficientemente completas para su conceptualización. En el primer caso, se enfatiza excesivamente el carácter reactivo de la protesta. En el segundo se excluye la posibilidad de la protesta individual, protesta que si bien puede ser irrelevante para efectos sociológicos, desde el punto de vista iusfundamental sí que tiene relevancia. Por otro lado, se abre a incluir en el concepto la protesta hecha en privado, como por ejemplo la protesta de los hijos contra el padre (coincidente con la cuarta acepción española del término). Sin embargo en estos casos usamos la voz 'protesta' con un afán meramente retórico: la protesta es, por esencia, una actividad pública. Este último aspecto es clave y

³⁷ *Ibíd*, p. 816.

³⁸ "*Protest* is defined as joint (i. e. collective) action of individuals aimed at achieving their goal or goals by influencing decisions of a target". *Op. Cit.*, p. 38.

ha sido destacado por Ron Eyerman, quien define a la protesta como el hecho de expresar y desplegar *públicamente* nuestro descontento³⁹.

Desde otra perspectiva Massimo Leone identifica cuatro núcleos semánticos de la protesta que son consistentes con nuestras conclusiones: objetividad, antagonismo, asimetría y estructura comunicativa⁴⁰.

1) *Objetividad* = se protesta en relación con un objeto preciso, nunca en abstracto. Detrás de toda protesta hay un objetivo definido, aún si se trate de un objetivo amplio, como la paz mundial. Si el objetivo es la paz mundial, se protesta precisamente en relación con las políticas de guerra. Este carácter objetivo engloba también el carácter, en principio, instrumental de la protesta, como medio para significar otra cosa: nadie protesta por protestar, sino en virtud de una causa⁴¹.

2) *Antagonismo* = se protesta siempre contra alguien o algo. Aquí podemos reutilizar el ejemplo anterior: incluso si decimos que protestamos a favor de la paz, la razón de manifestarnos públicamente en vez de sólo perorar sobre ello en nuestras casas, es que estamos en contra de las políticas belicistas y queremos que lleguen a su fin.

³⁹ EYERMAN, Ron. "Performing opposition or, how social movements move", en: ALEXANDER, Jeffrey, GLESEN, Bernhard, MAST, Jason (eds.). *Social performance. Symbolic action, cultural pragmatics and ritual*, Cambridge University Press, New York, 2006, p. 195.

⁴⁰ Todo lo que veremos a continuación se encuentra en: LEONE, Massimo. Op. Cit., pp. 165-166.

⁴¹ Digo sólo "en principio" porque la protesta tiene una dimensión participativa que le otorga cierta significación autónoma. Esto viene dado, además, por tratarse de una acción en el sentido arendtiano.

3) *Asimetría de las agencias* = quien protesta siempre está dotado de menor capacidad para actuar que el destinatario de la acción. Esto coincide con lo afirmado por Turner y Opp: la protesta se dirige a un tercero que es capaz de hacer lo que ella no puede: "es exactamente en la inferioridad agentiva [o de agencia], y por tanto de poder, que se estriba la protesta"⁴².

4) *Estructura comunicativa* = incluso la protesta silenciosa participa de esta estructura. Como apuntaron casi todas las definiciones citadas, la protesta es expresión, manifestación de sentido. Como veremos luego, aquí se denota el aspecto simbólico de la acción de protesta: ella siempre quiere significar algo, un discurso o una idea que va más allá del acto mismo que se usa para expresarla.

Finalmente, sabemos que etimológicamente la palabra proviene del latín *protestari*, que se usaba para designar una declaración pública y solemne hecha en un juicio. Leone también indaga en este significado etimológico. Protestari viene de 'pro-testis',

"que en muchísimas lenguas se refiere no solamente a la dinámica del manifestar, del poner delante a- y a favor de- alguien ['pro'], sino también a la textualidad ['testis'], concebida a la vez como dimensión social de la

⁴² *Ibíd.*, p. 166.

producción de signos (la textura del sentido) y como dimensión de su recepción social (el sentido de la atestación)".⁴³

Por eso la protesta no se agota sólo en el acto mismo, sino que se puede rastrear también en lo que se escribe sobre ella y en los efectos que ella produce en la discusión pública. El movimiento de la protesta es así un movimiento por y a través de la palabra.

Consistentemente con todo lo señalado, nuestra propia definición descriptiva de la protesta será: *manifestación pública, individual o colectiva, de disenso o desaprobación frente a un tercero que se encuentra en una posición de superioridad.*

No hemos incluido aquí la idea de instrumentalidad del acto (la idea de que la protesta se hace para conseguir un objetivo determinado del individuo o grupo), porque entendemos que la protesta puede tener también un carácter "meramente" expresivo, como en la funa⁴⁴.

Por otro lado, con disenso no queremos decir simplemente oposición. El disenso engloba una dimensión negativa y una dimensión positiva. Y es que, como diría Gramsci, toda negación lleva en sí una afirmación implícita. Nos oponemos a tal estado de cosas porque tenemos en mente un estado de cosas

⁴³ *Ibíd.*, p. 169.

⁴⁴ Véase: *Infra*, Capítulo III, sección A), párrafo 4. En realidad, ese "meramente" es engañoso: la funa busca llamar la atención sobre un hecho, lo cual se relaciona obviamente con el objetivo implícito de terminar con ese hecho (originalmente se trataba de una situación de impunidad). Sin embargo, su carácter explícito es el de una expresión de repudio.

alternativo; por eso la protesta puede apuntar a la modificación de una medida, de una ley, de una política o incluso de un problema de la estructura social.

Finalmente, hablamos de un tercero más poderoso y no solamente del poder público o político, porque la protesta abarca también los poderes privados, esos que Ferrajoli ha definido como los *poderes salvajes* que amenazan la construcción democrática de nuestras repúblicas⁴⁵.

2.2. Enfoque prescriptivo

2.2.1. Configuración hipotética del derecho a la protesta

El enfoque descriptivo anterior permite que podamos hablar sin entrar en contradicción de "protestas violentas", tal como ocurre en el lenguaje cotidiano. Sin embargo, un análisis somero del concepto de violencia⁴⁶, y un contraste entre dicho concepto y la praxis social de la protesta nos indica que es necesario introducir un elemento adicional en la definición para que esta adquiera un carácter propiamente jurídico. Nos referimos al elemento normativo de la no-violencia. De esta forma, jurídicamente -o constitucionalmente- hablando, la protesta será entendida en esta tesis como aquella *manifestación pública, individual o colectiva, y esencialmente no violenta, de disenso o desaprobación respecto de un tercero situado en una posición de superioridad*. Ahora bien, como la norma iusfundamental suele articularse como posición individual, la frase "individual o colectiva" deviene superflua. Asimismo, la

⁴⁵ Véase: Infra, Capítulo I, parágrafo 3.3.1.

⁴⁶ Véase: Infra, Capítulo VI, sección B)

desaprobación se encuentra subsumida en el concepto de disenso u oposición (sería ilógico aprobar algo a lo que nos oponemos o sobre lo cual disentimos). Finalmente, por razones de simplificación, no incluiremos siempre la noción del tercero situado en posición de superioridad. Hablaremos, pues, de *manifestación pública y esencialmente no violenta del disenso*.

Esto requiere, sin embargo, una explicación: ¿por qué la no-violencia? Veamos someramente su articulación semántica: no es lo mismo hablar de tumulto o de revuelta que hablar de protesta:

"si, por un lado, términos como 'tumulto' o 'revuelta' evocan principalmente un escenario de sedición generalizada a la que no corresponde un objetivo político preciso y que da lugar a manifestaciones propensas a la violencia, una palabra como 'protesta' se refiere, al revés, a un escenario distinto, en el que la violencia generalmente es mantenida bajo control incluso con el fin de perseguir un objetivo político determinado (hasta el punto que cuando esto no ocurre se explicita hablando de 'violenta protesta', mientras que tendría menor sentido una locución como 'violento tumulto' y aún menos una como 'violenta revolución')⁴⁷.

Mientras que en el caso de la protesta la ocurrencia de actos violentos debe ser siempre explicitada, en la revuelta o revolución hablar de violencia

⁴⁷ LEONE, Massimo. Op. Cit., p. 165.

sería considerado como redundante (si la no-violencia no fuera relevante tanto para la comprensión como para la legitimización de la protesta social, los medios de comunicación no pondrían tanto énfasis en la ocurrencia de actos violentos con motivo de la protesta).

Ahora bien, ¿por qué es importante este nuevo elemento si la definición anterior ya cubría todos los elementos mínimos para identificar una actividad social como protesta? ¿Para qué complicar el esquema si la definición ya cumple con la amplitud necesaria para la interpretación constitucional? La introducción de un elemento normativo es importante porque el objetivo de este trabajo es la configuración de un derecho o, poniéndolo en términos más técnicos, de una norma iusfundamental.

Si seguimos a Alexy⁴⁸, toda norma iusfundamental está compuesta por un supuesto de hecho (en este caso el concepto descriptivo de protesta) y una cláusula restrictiva (en este caso, la prohibición de la protesta violenta). De la conjunción del supuesto de hecho con la cláusula restrictiva, obtenemos la configuración del derecho. Para efectuar esta operación, por razones analíticas, Alexy defiende una tesis amplia del supuesto de hecho, y una tesis amplia de la restricción (aunque esta última se halla limitada a su vez por la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales).

En otras palabras, la fijación del supuesto de hecho de la norma iusfundamental es sólo una parte de la tarea. Lo relevante, si queremos

⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 68 y ss.

elaborar una teoría consistente del derecho fundamental que nos interesa, es delimitar dicho supuesto de hecho para que el contenido normativo del derecho calce con el ordenamiento constitucional. Es precisamente la reflexión sobre las restricciones -es decir, aquello que, en el marco de una determinada actividad, está permitido o prohibido hacer, o en otras palabras, la pregunta sobre el *deber ser*- lo que al derecho le interesa.

Por otra parte, la idea de configurar un derecho a la protesta lleva implícita la necesidad de distinguir entre una protesta social legítima a la luz de las condiciones de existencia de la democracia constitucional y otro tipo de protesta que es incompatible con dichas condiciones. No podemos afirmar que esta delimitación carezca de problemas. Sabemos que el orden democrático es, en sí mismo, un orden flexible y dinámico, por lo cual el límite entre estos “tipos” de protesta no está fijado de una vez y para siempre, sino que es, también, flexible y dinámico. No es posible, entonces, definir perentoriamente, mediante la aplicación de un código binario (legal/ilegal), los límites entre ambos fenómenos, ya que lo que se quiere comprobar no es la cuestión de su legalidad, sino la cuestión más compleja de su *legitimidad* dentro del proceso democrático. Y la legitimidad puede variar según el contexto en el cual los fenómenos sociales se desenvuelven.

En el caso que nos ocupa, hemos llegado a la conclusión que un límite que tanto legos como académicos estarían dispuestos a aceptar es el límite de la violencia. O, poniéndolo en términos positivos, el requisito de la no-violencia.

Y desde ya definiremos la violencia como la provocación de un daño físico sobre una persona o grupo de personas. Pero como la violencia se define por sus instrumentos, incluiremos también en la restricción las conductas que pueden provocar un daño inminente, como el uso de armas para expresar la protesta.

En definitiva, el supuesto de hecho de la eventual norma iusfundamental que garantizará la protesta consistirá en el concepto descriptivo que ya expusimos: manifestación pública, individual o colectiva, de disenso o desaprobación respecto de un tercero ubicado en una posición de superioridad, en tanto que la cláusula restrictiva consistirá en la prohibición de violencia y amenaza de violencia.

Así, se verá que mientras el supuesto de hecho coincide con nuestro concepto descriptivo, la configuración final coincide con nuestro concepto prescriptivo:

Supuesto de hecho = protesta en sentido descriptivo
Cláusula restrictiva = prohibición de la violencia (=daño físico a terceros) y uso de armas (=amenaza de daño físico a terceros)
Resultado = protesta en sentido prescriptivo Ej.: "La Constitución asegura a todas las personas... el derecho a protestar sin violencia [o 'pacíficamente'] y sin armas"

Resultará evidente que hemos tomado como prototipo para esta configuración imaginaria del derecho a la protesta el derecho de reunión establecido por nuestra Constitución en el artículo 19, n° 13. Esta es, por cierto, sólo *una* propuesta de configuración, ya que pueden existir otras perfectamente compatibles con la constitución. Pero nos parece una buena forma de entroncar nuestro estudio con enfoques constitucionalistas más tradicionales.

Como se verá en el capítulo V, este trabajo está basado en el supuesto de que, si bien puede ser preferible, *no es necesaria* una reforma constitucional para llevar a cabo una protección aunque sea mínima de la protesta, sino tan sólo una reinterpretación de nuestras normas iusfundamentales.

Pero, ¿es posible tal reinterpretación cuando lidiamos con un texto constitucional que difícilmente favorece a una actividad como la protesta o donde la intención de sus propios redactores consistía en excluirla del ordenamiento jurídico⁴⁹? Aquí cabe discutir el problema más general que suelen enfrentar quienes manifiestan una postura crítica a la Constitución de 1980. ¿Cómo conciliar la autocomprensión de una comunidad política democrática (o que aspira a serlo) con un texto originado en una dictadura? La respuesta es que, aun reconociendo el “problema constitucional” que actualmente nos empuja hacia la posible redacción de una nueva carta fundamental (elaborada ya sea con la participación directa del pueblo, ya sea mediante algún mecanismo representativo), es preciso que leamos nuestras instituciones desde

⁴⁹ Véase: infra., capítulo V, sección B), parágrafo 1.3.

su óptica más favorable a la democracia y los derechos humanos, ya que sólo así podremos vernos reflejados auténticamente en ellas⁵⁰. Atendiendo a esta interpretación de nuestras normas iusfundamentales, la protesta *bien puede ser* considerada como una conducta ya protegida y garantizada (aunque deficientemente) por el texto constitucional.

Con todo, la gran cantidad de obstáculos institucionales a la protesta y una tradición política poco proclive a su protección, tornan bastante deseable la introducción de una serie de reformas al sistema que le otorguen seguridad a los ciudadanos que la practican. Asimismo, la relevancia de la protesta para el sistema constitucional chileno –relevancia que este trabajo aspira a demostrar-

⁵⁰ Aquí seguimos la línea de Fernando Atria, quien sostiene que lo esencial de una constitución es cómo su texto da cuenta “de una determinada identidad y forma política”. Véase: ATRIA, Fernando. *La Constitución tramposa*, Santiago, LOM, 2013, p. 35. Por eso –asevera el autor– “las normas que nos constituyen como unidad política no son las que hoy resultan problemáticas. Si hoy hay un problema constitucional por el cual se esté hablando de asamblea constituyente o de nueva constitución, no es porque sea necesario modificar el artículo 4º o el artículo 5º. Menos el artículo 1º (“las personas nacen libres en dignidad y derechos”) o el artículo 7º (“los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”), etc. Pero son precisamente estas decisiones las que pueden rastrearse en la mejor interpretación del constitucionalismo chileno” (p. 35). Así, después de más de veinte años de práctica democrática –y de una gran reforma constitucional el año 2005- muchas de las normas que actualmente componen el texto constitucional son reconocidas por la mayor parte de la ciudadanía como válidas. Nuestro problema constitucional es que estas normas e instituciones entran en conflicto con otras normas e instituciones que perviven del texto original de 1980 -que tenía, entre otros objetivos discutibles, el objetivo de impedir o dificultar la expresión del pueblo-; de ahí la disminuida legitimidad, ante la opinión pública, de nuestro orden constitucional. Aún así, esto no obsta a que podamos optar, como hace Fernando Atria, a la mejor versión de nosotros mismos, a una interpretación racional y democrática de las normas que componen nuestra actual constitución, entroncándola con “la mejor interpretación del constitucionalismo chileno”, y entendiendo que la Constitución no es un “reglamento para un club de suicidas” (p.137) que excluya cualquier salida racional a nuestros conflictos políticos. De esta forma, añadiremos nosotros, los derechos fundamentales consagrados por la Constitución no se encuentran en la base de los cuestionamientos de “ilegitimidad” que suelen hacerse. Al contrario, representan – para muchos ciudadanos- una de las secciones más rescatables de nuestra actual institucionalidad, ya sea porque honran la tradición anterior a nuestra ruptura democrática o porque plantean las bases para una institucionalidad que supere las actuales deficiencias de nuestro modelo político.

hace recomendable una inclusión explícita de la protesta como uno de sus elementos legitimadores.

2.2.2. Protesta social y resistencia

Existe una razón adicional para una configuración normativa de la protesta. Se trata del orden analítico de los términos y conceptos que usamos para referirnos a ella. Como es sabido, existe una abundante terminología que se ha ido desarrollando en el derecho anglosajón, que a nosotros –herederos del derecho continental- nos puede resultar un tanto opaca. Así, en esta tradición suele discutirse la protesta mediante conceptos tales como: objeción de conciencia, casos de prueba (*test cases*), desobediencia civil, acción directa violenta o no violenta, resistencia pasiva y acción militante (este último término acuñado por Rawls⁵¹). La mayoría de estas prácticas son, ciertamente, formas de protesta, pero no todas son iguales ni pueden reclamar igual protección jurídica. En todo caso, si bien algunas de estas figuras involucran la comisión de actos de violencia, ninguna de ellas puede confundirse con la rebelión armada, la revolución, el terrorismo o la guerrilla.

Si nos apegamos a nuestro concepto prescriptivo, una protesta puede consistir en la realización de una marcha, la toma de un colegio, la desobediencia pública de una ley, el corte de una ruta, etc. La rebelión armada, la guerrilla o el terrorismo claramente escapan a esta definición por su carácter

⁵¹ RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, p. 334.

esencialmente violento; estas conductas buscan imponer un nuevo orden mediante la utilización de la violencia organizada.

Tampoco podrá homologarse directamente el derecho a la protesta con el viejo derecho de resistencia. La definición prescriptiva de la protesta nos permite defender la autonomía relativa del derecho que nos ocupa. Y es que, a diferencia de la visión típica que tienen los juristas sobre este tema, entendemos la protesta como una parte esencial de la democracia y no como una patología social. La democracia no peligra por la profusión de los actos de protesta sino por el estancamiento de las estructuras burocráticas y mercantiles, por el vaciamiento de los elementos deliberativos del sistema y la profusión de los elementos tecnocráticos.

Sabemos que el derecho de resistencia es un concepto con historia, pero es la misma historia la que nos debería prevenir frente a su aplicación acrítica en el contexto actual. Los conceptos no flotan inmutables a través del piélago de los sucesos históricos; por el contrario, ellos evolucionan de acuerdo al contexto, por lo que nuevos conceptos se hacen necesarios para describir con mayor precisión la situación social en el que se desenvuelven.

La doctrina tradicional⁵² comprende dentro del derecho de resistencia a figuras disímiles, como las ocupaciones ilegales, la desobediencia civil o la objeción de conciencia. Aquí, por el contrario, entenderemos que el derecho de resistencia es un tronco difuso que se ramifica en varios conceptos más

⁵² Véase, por todos: BOBBIO, Norberto. "La resistencia a la opresión, hoy", en: *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

precisos y útiles para la situación democrática actual. Así, distinguiremos entre "derecho de resistencia en sentido amplio", como el concepto jurídico originario que se usaba en la época premoderna para oponerse al poder tiránico (cuando la resistencia asumía caracteres marcadamente violentos, solía hablarse de "actos de rebelión" o incluso de "derecho de rebelión", como veremos en el próximo capítulo)⁵³. Este concepto amplio se habría escindido con el surgimiento de la democracia en dos derechos: el derecho a la protesta (=el derecho a la manifestación pública y esencialmente no violenta del disenso) y el derecho de resistencia en sentido restringido, también llamado "resistencia constitucional", caracterizado por una oposición más radical al poder público, que admitiría la utilización de la violencia⁵⁴.

En esta línea de pensamiento, Roberto Gargarella señala que los actos de resistencia constitucional "se distinguen por la presencia de violaciones del derecho positivo, que pueden asumir un carácter violento, destinadas a frustrar

⁵³ El derecho de resistencia en sentido amplio, es decir, en su origen histórico, abarcaba una serie de actos de oposición al poder político, dependiendo del grado o nivel de ilegitimidad de este poder. Así, se incluía en el mismo desde la desobediencia hasta el tiranicidio y la rebelión abierta contra los gobernantes. Véase: CARVAJAL, Patricio. "Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna", *Revista de Estudios Políticos*, N° 76, 1992, pp. 63-101.

⁵⁴ Ramón Soriano, diferenciando la resistencia de la desobediencia civil, nota dos aspectos distintivos que, a mi juicio, también se aplican a la protesta: 1) mientras para la desobediencia civil lo que está en juego es un puñado de normas injustas o una política determinada, para la resistencia lo que está en juego es el régimen político en su integridad; 2) mientras la desobediencia civil es pacífica, la resistencia "difícilmente puede serlo, porque cuando anda en juego la misma conservación de las instituciones del Estado ni los resistentes ni los resistidos dejarán de emplear todos los medios a su alcance para conseguir el éxito de sus propósitos". SORIANO, Ramón. *La desobediencia civil*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991, p. 66.

leyes, políticas, o decisiones del gobierno de turno"⁵⁵. Sin embargo, a la definición de Gargarella debemos agregar que la resistencia constitucional no se agota en los actos cometidos para frustrar al gobierno o al poder de turno, sino que se caracteriza esencialmente por encontrar fundamento en los mismos principios establecidos por la constitución. Por eso Ramón Soriano lo caracteriza como "una forma de autoprotección constitucional y de los fundadores de la Constitución"⁵⁶. Este es, por ejemplo, el derecho de resistencia consagrado en la Ley Fundamental de Bonn que opera como verdadera *norma de clausura* del ordenamiento jurídico alemán.

A diferencia de la resistencia, entonces, la protesta social será entendida como una respuesta *normal* de la ciudadanía frente a los problemas o insuficiencias del sistema, mientras que hablaremos de resistencia en las situaciones donde existe una contradicción abierta entre las autoridades y la constitución. Por otro lado, cabe destacar que nuestro concepto admite la utilización (acotada) de estrategias de desobediencia civil y acción directa.

Otro aspecto que nos permite diferenciar la resistencia y la protesta es que la primera se dirige exclusivamente contra el poder público, mientras que la segunda engloba también los poderes privados, como veremos en el próximo apartado⁵⁷.

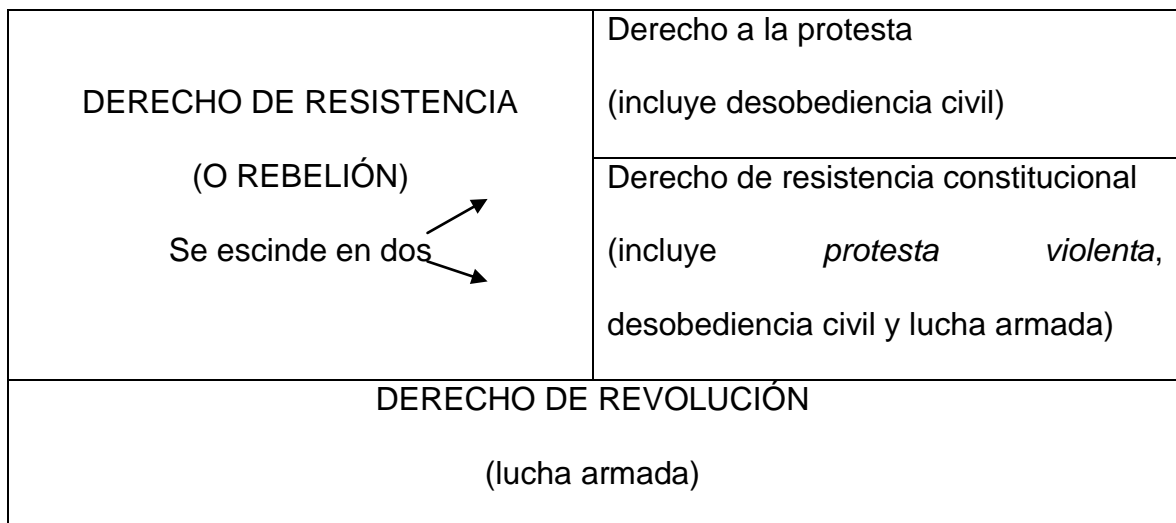
⁵⁵ GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2007, pp. 207-208.

⁵⁶ SORIANO, Ramón. Op. Cit., p. 67.

⁵⁷ Al respecto, señala Soriano: "el derecho de resistencia es el derecho contra las acciones inconstitucionales del poder político, no contra las de los individuos y de los grupos sociales,

Finalmente, frente a estos derechos que invocan los principios del ordenamiento constitucional y democrático, tenemos el derecho a la revolución que esgrimen aquellos que no sólo se oponen pacífica o violentamente a un poder de turno, sino que abogan por un cambio radical de la estructura social. Este cambio generalmente ha sido considerado como un cambio violento⁵⁸. La revolución, a diferencia de la protesta o la desobediencia civil, "se hace fuera del ordenamiento jurídico vigente y *contra* ese mismo ordenamiento"⁵⁹.

Tenemos, así, el siguiente esquema:



La desobediencia civil, como se ve, se puede enmarcar tanto en la protesta como en la resistencia constitucional, según cuál sea su justificación, lo que da cuenta de un carácter en cierta forma independiente que nos obligará a

respecto a las cuales la misma Constitución posee otros resortes y garantías jurídicas". *Ibíd.*, p. 65.

⁵⁸⁵⁸ Véase: CARVAJAL, Patricio. *Op. Cit.*, p. 96.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 69. El énfasis es mío.

un análisis detallado de la misma a lo largo de este trabajo. Sin embargo, por mucho que se pueda afirmar -con afán ya sea retórico o explicativo- que los actos de desobediencia civil o las protestas violentas tienen un componente "revolucionario", aquí separamos todas estas conductas del derecho a la revolución propiamente tal, que será entendido jurídicamente como derecho justificador de la lucha armada.

3. Elementos distintivos de la protesta

A continuación exploraremos algunos de los elementos distintivos de la protesta que ya hemos enunciado: 1) Estructura comunicativa (manifestación y carácter simbólico), 2) Publicidad, 3) Disenso (aquí se incluirá también la referencia a la diferencia agentiva y la lucha contra los poderes privados), 4) No-violencia.

3.1. Estructura comunicativa

3.1.1. Manifestación o expresión

En primer lugar, la protesta es una *expresión* de una persona o de un grupo de personas, lo cual implica que es una forma de comunicación social. Especificándolo aún más: es la manifestación o exteriorización de los pensamientos o sentimientos de una persona o un grupo de personas.

Esto ha llevado a muchos a caracterizarla como una mera hipótesis dentro de la libertad de expresión (o en el caso estadounidense, como una

modalidad del *free speech*). Sin embargo, es evidente que la protesta va mucho más allá de la mera expresión. Obviamente, no se puede negar que ella manifiesta sentimientos e ideas, pero también es necesario notar su carácter intrínsecamente polémico, lo que la convierte, por un lado, en un tipo de expresión crucial para el desarrollo de la democracia, y por otro, en una forma de expresión más débil frente al ordenamiento jurídico que las expresiones que usualmente se consideran dentro de este derecho, pues apela directamente al poder y por ello suele enfrentarse al orden establecido, por lo que no cuenta generalmente con el beneplácito de la autoridad. Además, supone involucrar otras libertades, como la libertad de asociación o de reunión, lo que la convierte en un fenómeno mucho más complejo.

Ahora bien, en el capítulo V veremos que, si bien es cierto que el derecho a la protesta se puede subsumir dentro de la libertad de expresión, existen razones importantes para otorgarle un carácter autónomo. A ello contribuye la especificidad de muchos de los fenómenos colectivos que acompañan a la protesta y su carácter eminentemente disruptivo respecto del *statu quo*, elementos que nos obligan a lidiar no sólo con la problemática constitucional sino también con cuestiones penales y policiales de gran dificultad teórica. Incluso si renunciáramos a este trato particularizado respecto de la protesta -renuncia que, sin embargo, no sería recomendable- su subsunción dentro de las diversas hipótesis cubiertas por la libertad de expresión sólo podría darse de manera satisfactoria elaborando una teoría

robusta y democrática de dicho derecho, teoría -por ahora- ajena a nuestra práctica constitucional⁶⁰.

Así sostenido, cabe señalar que no pocos autores han incluido a la protesta dentro del margen de la libertad de expresión. De hecho, en los años 60' los defensores de la desobediencia civil consideraban a esta forma de protesta como una conducta constitucionalmente amparada en este derecho. Su fundamento residía en que el término 'discurso' (*speech*) no se restringe solamente a la actividad verbal, sino que su elemento esencial es la comunicación de una idea⁶¹. Lo mismo, y con mayor razón, puede decirse en el contexto latinoamericano con la idea de 'expresión', más abierta y amplia que la de 'discurso'. Dicho concepto permea incluso nuestro ordenamiento constitucional, donde si bien se habla de "libertad de opinión" (artículo 19, N° 12, CPR), en realidad estamos hablando de un concepto amplio, que incluye también las diversas manifestaciones o formas de expresar la propia opinión.

En Estados Unidos existe una importante tradición jurisprudencial que apoya estos argumentos a favor de la inclusión de los actos de protesta dentro de la esfera protegida por el discurso. Así, ya en 1949, el juez Douglas sostuvo que una de las funciones de la libertad de expresión es "invitar a la discusión"; incluso argumentó que "puede que ella sirva mejor a sus más elevados propósitos cuando genera una condición de desasosiego, cuando crea

⁶⁰ Veremos todas estas cuestiones en: *Infra.*, Capítulo V, Sección B), parágrafo 1.1.

⁶¹ COHEN, Carl. "Law, Speech and Disobedience", *The Nation*, Vol. 202, N° 13, 1966, p. 358.

insatisfacción con las condiciones existentes, o incluso cuando empuja a la gente a sentir rabia. El discurso es generalmente provocativo y desafiante”⁶².

Para esta interpretación, la existencia de un debate público robusto es una parte esencial de la democracia. Por eso mismo en la generalidad de los casos (excepto cuando ella degenera en injuria, calumnia o violencia) la libertad de expresión no debería ser limitada, ni siquiera cuando se dirige contra altos funcionarios públicos. Según la Corte Suprema estadounidense, existiría en dicho país “un compromiso nacional profundo con el principio de que el debate público debe ser desinhibido, robusto y abierto y que puede incluir vehementes, cáusticos e incluso a veces incómodos ataques al gobierno y los oficiales públicos”⁶³.

3.1.2. Acción simbólica

La protesta puede ser entendida también como *acción simbólica*⁶⁴, es decir, como una acción que escapa a los criterios de la acción instrumental.

⁶² “[A] function of free speech under our system is to invite dispute. It may indeed best serve its high purpose when it induces a condition of unrest, creates dissatisfaction with conditions as they are, or even stirs people to anger. Speech is often provocative and challenging” (Terminello v. Chicago, 337 U.S. 1, 4, 1949). Citado en: McKAY, Robert. “Protest and dissent: Action and Reaction”, Utah Law Review, 1966, p. 23.

⁶³ [There is] “a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials” (N. Y. Times Co. v. Sullivan, 1964). Citado en: COHEN, Carl. Op. Cit., p. 358. Retomaremos todas estas reflexiones en el capítulo V.

⁶⁴ El sociólogo Norbert Lechner, por ejemplo, defiende una mirada amplia sobre la política, que lo lleva a afirmar que ésta no es sólo acción instrumental, “sino *también* expresión simbólica”. Véase: LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*, Santiago, FLACSO, 1984, p. 46. La noción de “acción simbólica” proviene de las diversas disciplinas dedicadas al estudio de la cultura. Fue introducida originalmente por Kenneth Burke

Mientras la segunda se refiere a acciones reducibles a un esquema costo/beneficio, la primera designa a aquellas acciones que sólo pueden entenderse integradas en el complejo entramado de significados que conforman la vida social⁶⁵.

Muchas de estas acciones podrán parecer irracionales según criterios instrumentales, pero son totalmente racionales a la luz de los diversos significados que conforman la práctica. Por otro lado, también es posible que mediante acciones que a primera vista nos podrían parecer marcadamente instrumentales se articule una trama de significados que trascienda la mera acción. Esto es lo que ocurre con la protesta: si bien puede ser entendida como una acción instrumental -como dijimos en el apartado anterior, se protesta para obtener algo- también se trata de una acción con *sentido*, una acción que muchas veces quiere significar *algo más* que una disputa material con el poder de turno. Así es como mediante la protesta se pueden articular no sólo grupos

desde la teoría literaria y popularizada por Clifford Geertz desde la antropología. Véase: GEERTZ, Clifford. *La interpretación de las culturas*, Gedisa, Barcelona, 2003, especialmente pp. 19-40. Para una revisión general del concepto véase: ALEXANDER, Jeffrey, GLESEN, Bernhard, MAST, Jason (eds.). *Social performance. Symbolic action, cultural pragmatics and ritual*, New York, Cambridge University Press, 2006, pp. 1-28.

⁶⁵ Veamos al respecto lo que afirma Murray Edelman: "To explain political behavior as a response to fairly stable individual wants, reasoning, attitudes, and empirically based perceptions is therefore simplistic and misleading. Adequate explanation must focus on the complex element that intervenes between the environment and the behavior of human beings: creation and change in common meanings through symbolic apprehension in groups of people of interests, pressures, threats, and possibilities". Esta idea de la necesidad del símbolo para explicar la acción humana, y en particular la acción política, viene reafirmada por una frase de Kenneth Burke, que Edelman cita: "however important to us is the tiny sliver of reality each of us has experienced firsthand, the whole overall "picture" is but a construct of our symbolic systems". Es decir, sólo podemos ver la imagen completa de la realidad si entendemos el entramado de símbolos sobre el cual ella se construye. Véase: EDELMAN, Murray. *Politics as symbolic action. Mass arousal and quiescence*, New York, Academic Press, 1971, p. 2.

que presionan para conseguir la protección de un interés, sino también aquellos que persiguen objetivos inmateriales o sentimentales, como reconocimiento, dignidad, validación social, e incluso aquellos que protestan simplemente para expresar su reprobación o indignación frente a un determinado estado de cosas. Se trata, asimismo, de una acción *reveladora*, ya que mediante su mismo despliegue simbólico desnuda la complejidad de las relaciones entre la sociedad civil, los órganos estatales y el mundo empresarial.

A juicio de Norbert Lechner, existen al menos dos estructuras simbólicas fundamentales en la acción política: el ritual y el mito. Nos centraremos en la primera de ellas.

El ritual surge con el fin de establecer un *orden* dentro de un contexto de caos. Así, frente a las transgresiones sociales graves (como el asesinato) la sociedad establece prohibiciones, evitando la disgregación del cuerpo social:

"Las relaciones sociales son reguladas, ritualizando las transgresiones. Esto es: el interdicto de la muerte hace de la violencia y del conflicto una transgresión. No se elimina, pues, la violencia y la lucha (tarea imposible), sino que son incorporadas al orden, ritualizándolas como transgresiones que afirman la vigencia del interdicto. La política está llena de ceremonias rituales (al igual que el Derecho) que encauzan el ejercicio de la violencia y dan forma a los conflictos para que no destruyan la convivencia. Cuando la lucha deja de ser vivida como transgresión ritualmente reglamentada del orden colectivo, surge la

violencia mortal. La muerte deviene objeto de un cálculo formal (costo-beneficio), dando al terrorismo y a la guerra moderna su carácter inhumano"⁶⁶.

Claramente el ritual se aleja de la acción instrumental (costo-beneficio), pero esto no implica necesariamente que se trate de una acción irracional. Como Lechner sugiere, es precisamente la posibilidad de un cálculo de costo-beneficio lo que confiere a la violencia moderna su carácter inhumano (y, en definitiva, irracional). En este sentido, los rituales constituirían elementos necesarios para la cohesión del grupo⁶⁷. En ellos los participantes aparecen frente a frente -característica que también veremos en la esfera pública- y expresan emociones compartidas. Así, se produciría lo que Durkheim denomina el "contagio emotivo" entre los miembros del grupo, contagio que contribuiría a la propagación de las ideas sociales. A través del ritual, entonces, "el grupo social se reafirma periódicamente y se constituye como una comunidad moral"⁶⁸. Esta visión del rito lo vincula directamente con los procesos de legitimación del Estado moderno⁶⁹.

⁶⁶ LECHNER, Norbert. Op. Cit., p. 46.

⁶⁷ "[No] todas las acciones rituales y el simbolismo expresivo son en sí mismas manifestaciones de la irracionalidad de la acción política. Al menos las diversas tradiciones del análisis del ritual encuentran en esa práctica socialmente estandarizada y de carácter simbólico una forma de comunicación de los significados y símbolos predominantes en la cultura política". LÓPEZ LARA, Álvaro. "Los rituales y la construcción simbólica de la política. Una revisión de enfoques", Revista Sociológica, Año 19, N° 57, 2005, p. 64.

⁶⁸ *Ibíd.*, p. 66.

⁶⁹ López Lara separa las dos vertientes principales de estudios sobre el ritual, aunque hacia el final del ensayo citado aboga por una visión compleja que comprende elementos de ambas. La

Pero, más allá de ser un elemento fundacional, ¿podría ser el ritual un aspecto relevante de la política contemporánea? Max Gluckman diría que no, porque -a su juicio- el ritual es una práctica exclusiva de las sociedades pre-secularizadas. Así, una cosa serían las ceremonias que caracterizan *también* a las sociedades seculares, y otra cosa los rituales, relacionados ya sea con un elemento "místico", ya sea con la definición de roles sociales marcados⁷⁰. La función del ritual sería, en este segundo sentido, profundizar las diferencias entre los distintos roles o estamentos sociales. Una sociedad altamente diferenciada, como la nuestra -Gluckman habla incluso de "segregación" de roles y de los conflictos entre roles-, no necesitaría por tanto del ritual⁷¹.

Sin embargo, más que con el misticismo, el ritual tiene que ver con acciones que surgen de la misma textura social de un determinado grupo humano, donde cada persona debe, de alguna forma, "actuar" su rol, representar acciones simbólicas que enfatizan su rol en relación al resto de los participantes de la ceremonia⁷². Una mirada crítica respecto de nuestra propia tradición indicaría que incluso en una sociedad secular y moderna existen

primera vertiente es la escuela derivada de Durkheim, que ve en el rito un factor de cohesión, de configuración de creencias sociales, y la segunda es la vertiente procesual inaugurada por Van Gennep, con su famoso estudio sobre los ritos de pasaje, que ve en el rito un factor de reordenamiento a partir del conflicto. Mientras la primera tradición se enfoca en el aspecto funcional, la segunda se centra en las "disfuncionalidades" del poder, en las rupturas sociales.

⁷⁰ GLUCKMAN, Max. "Les rites de passage", en: GLUCKMAN, Max (editor). *The ritual of social relations*, Manchester, Manchester University Press, 1962, pp. 23-24, pp. 36-37.

⁷¹ *Ibíd.*, pp. 34 y ss. Aquí observamos cierta compatibilidad entre la teoría social de Gluckman y lo que luego sería la teoría de sistemas. Más explícitamente, Gluckman asevera luego que la fragmentación de las relaciones sociales aísla los ámbitos de conflictos sociales, por eso "disputes over political and economic issues, as over the distribution of wages and profits, do not normally enter family relations". *Ibíd.*, p. 43.

⁷² *Ibíd.*, p. 42.

actividades que conservan este aspecto ritualista que los antropólogos estudiaron en las sociedades primitivas. ¿No hay, por ejemplo, un componente ritualista en todas esas actividades regulares que definen la labor legislativa (a través de los discursos, el orden para hacer uso de la palabra, las frases ceremoniales como "honorable diputado", "honorable senador", etc.), en las elecciones periódicas, y en todo aquello que va de la mano con la "puesta en escena" de los gobiernos? Se trata -en verdad- de un rasgo ineludible de la actividad política moderna. Para algunos, estas ritualizaciones constituirían meros ejemplos de la irracionalidad de la democracia representativa o de la manipulación de las masas⁷³. Sin embargo, Lechner defiende este persistente carácter ritual de nuestras costumbres políticas:

"Los actos políticos masivos son rituales que actualizan el sentimiento de colectividad. Se invoca la pertenencia a un orden, presente o futuro, a partir del cual adquiere sentido la convivencia. A través de los rituales se constituye la colectividad y, por ende, la continuidad (...) en el espacio (reuniendo a quienes pertenecen a un mismo orden) y en el tiempo (conmemorando la persistencia del orden colectivo)"⁷⁴.

⁷³ Así, por ejemplo, Castoriadis compara con mordaz ironía los procesos electorarios de la democracia representativa con la liturgia católica. Véase: CASTORIADIS, Cornelius. "¿Qué democracia?", en: *Figuras de lo pensable* (Las encrucijadas del laberinto VI), Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001.

⁷⁴ LECHNER, Norbert. Op. Cit., p. 47.

Por otro lado, el rito tiene importancia en los procesos de ruptura. En este sentido, el propio Gluckman descubrió en el ritual "la manifestación simbólica del conflicto –una exageración de los conflictos reales de las normas sociales–, cuyo efecto paradójico confluye en la afirmación de la existencia de la unidad a pesar de las fisuras"⁷⁵. Así, en su estudio sobre los "rituales de rebelión" en las sociedades primitivas, Gluckman determinó que mediante dichos rituales se cuestionaban elementos del orden establecido, pero dejando a salvo los principios básicos de la organización social. Dichas rebeliones funcionaban, así, como mecanismos de liberación catártica de las tensiones sociales⁷⁶, es decir, como elementos estabilizadores.

¿Se podría entender la protesta como parte de los rituales sociales y, por ende, como un elemento estabilizador dentro del sistema? La respuesta es compleja. Por un lado, es evidente que en la protesta existen ciertos elementos estabilizadores, ya que suele enmarcarse dentro del orden social establecido, lo que significa que presupone un acuerdo básico -aunque generalmente implícito- respecto de la legitimidad del orden que critica. Es decir, la protesta estaría generalmente circunscrita dentro de un espacio de significados compartidos. Pero además en ella es posible apreciar ciertas regularidades, ciertos discursos y *modus operandi* que se repiten en el tiempo y que, en definitiva, van conformando rutinas sociales. Para ejemplificar este punto, Murray Edelman se refiere a la evolución del movimiento laboral en el siglo XIX: a pesar de la

⁷⁵ LÓPEZ LARA, Álvaro. Op. Cit., p. 76.

⁷⁶ *Ibíd.*, pp. 77-78.

impronta revolucionaria de dicho movimiento, con el tiempo se fueron creando ciertas rutinas que, finalmente, desembocaron en la casi completa ritualización de los conflictos entre trabajo y capital. Esto no inhibió la lucha, pero sí hizo que se fueran creando expectativas acerca de los límites de la acción de cada una de las partes⁷⁷.

Pero si bien la protesta puede llegar a *ritualizar* la oposición, también es una vía idónea para romper con la rutina política⁷⁸. Por eso, para captar su esencia, tendríamos que recurrir a otro tipo de acción simbólica, un tipo de acción que ocupa un lugar análogo al de ciertos *ritos de pasaje* de las sociedades primitivas.

Con la etiqueta 'ritos de pasaje' se designa una serie de ritos relacionados con la transición de un estado a otro. Así, se incluye aquí el paso de la primavera al verano, la mudanza de una persona o un grupo de personas hacia una nueva residencia, la integración de una persona en el grupo social o el paso de un status a otro, como en los ritos de iniciación. Según Van Gennepe, existirían tres fases en todo rito de pasaje: 1) separación del antiguo estado, 2) período marginal o liminal, 3) período de agregación al nuevo estado⁷⁹. De estas tres fases, la más interesante es la etapa marginal o liminal. La palabra *limen* proviene del latín y significa "umbral"; como en todo umbral, la situación de la persona en esta fase es esencialmente ambigua:

⁷⁷ EDELMAN, Murray. Op. Cit., p. 22, pp. 23-26.

⁷⁸ EYERMAN, Ron. Op. Cit., pp. 199-200.

⁷⁹ GLUCKMAN, Max. Op. Cit., pp. 2-3.

"Las entidades liminales no están ni aquí ni allá; están en un espacio intermedio entre las posiciones asignadas y dispuestas por la ley, la costumbre, la convención y el ceremonial"⁸⁰.

Así, durante la etapa liminal el sujeto se encuentra "fuera" de la estructura social, pero al mismo tiempo dicha situación revela el reconocimiento de un "vínculo social generalizado" que ha dejado de existir, un vínculo social que se ha fragmentado en múltiples lazos estructurales⁸¹. Dos modelos de sociedad se debaten en el individuo que pasa por la fase liminal: una sociedad estructurada, altamente diferenciada, dividida en clases o castas, y una comunidad de iguales, desestructurada y levemente diferenciada. Esto es lo que Turner denomina *communitas*⁸².

Se trata, por definición, de una etapa transitoria, efímera. Sin embargo, Turner descubre que se encuentra presente en la mayor parte de los ritos sociales y políticos de las sociedades primitivas, como si la dialéctica permanente entre los diversos *status* -entre estructura social y *communitas*- fuera indispensable para la subsistencia de dichas sociedades⁸³.

Siguiendo a Martin Buber, Turner afirma que *communitas* es una situación donde priman la espontaneidad y la inmediatez sobre la planificación y

⁸⁰ TURNER, Víctor. *The ritual process*, New York, Cornell University Press, 1991, p. 95. La traducción es mía.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 96.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ *Ibíd.*, p. 97.

la institucionalización, lo concreto sobre lo abstracto, la excepción sobre la norma⁸⁴.

Entonces, podemos decir que en la protesta sí tenemos un comportamiento ritual, pero dicho comportamiento no implica necesariamente un rol estabilizador respecto de la estructura. Lo que sí genera la protesta es una cohesión interna del grupo manifestante, por mucho que este grupo se vincule sólo de manera transitoria. Así, las prácticas rituales desplegadas en la protesta -las marchas, los gritos, los lienzos, las pancartas, e incluso las *performances* artísticas, como pudimos apreciar durante las protestas de 2011- ayudan a "disolver los límites" entre lo individual y lo colectivo, entre lo público y lo privado, lo cual genera eventualmente un sentimiento de *solidaridad* entre los participantes: la idea de un "nosotros"⁸⁵. Lechner también destaca este aspecto del ritual político:

"Considerando esta constitución del "nosotros" como algo específico de la política, también un acto folclórico, una huelga o una misa se

⁸⁴ *Ibíd.*, p. 127. Más adelante afirma: "The notion that there is a generic bond between men, and its related sentiment of "humankindness", are not epiphenomena of some kind of herd instinct but are the products of "men in their wholeness wholly attending". Liminality, marginality, and structural inferiority are conditions in which are frequently generated myths, symbols, rituals, philosophical systems, and works of art. These cultural forms are, at one level, periodical reclassifications of reality and man's relationship to society, nature, and culture. But they are more than classifications, since they incite men to action as well as to thought" (pp. 128-129). Así como el arte o el símbolo, también mediante la protesta es posible "re-clasificar" la realidad humana. Véase: *Supra.*, Capítulo I, parágrafo 1. Asimismo, véase: *Infra.*, Capítulo IV, sección B), parágrafo 2.

⁸⁵ EYERMAN, Ron. *Op. Cit.*, p. 196.

transforman en actos políticos. Independientemente de su contenido, toda forma de ritual supone la conciencia de un poder colectivo"⁸⁶.

Es posible sostener que la ambigüedad de la protesta se relaciona con esto. En la protesta se re-presenta el vínculo originario que sustenta a la sociedad. Su aspecto polémico tiene que ver precisamente con su carácter evocativo y a la vez apelativo. Pues durante la protesta se entrevé la posibilidad de la comunidad, esa esquivada comunidad que la estructura social -altamente desigual y, en muchos casos, opresiva- niega. Si el acontecimiento es entendido como la realización efectiva de aquella *communitas*, la protesta es el atisbo -o el recordatorio- de que dicha realización es posible.

3.2. Publicidad

Otro aspecto clave de nuestra definición es que la protesta se concibe como un acto *público*.

¿Qué quiere decir esto? Es sabido que la dicotomía público/privado tiene al menos dos acepciones relevantes para el derecho. En la primera acepción, se identifica con lo que es común, con lo que le pertenece a la comunidad, en oposición a lo que es susceptible de apropiación por parte de los individuos. De esta acepción se deriva la clásica separación entre el derecho público, relativo a lo que pertenece a la colectividad o al poder central en una sociedad dada, y el derecho privado, relativo a lo que pertenece a los miembros del grupo

⁸⁶ LECHNER, Norbert. Op. Cit., p. 47.

individualmente considerados, o a las subestructuras nucleares que conforman la colectividad (como la familia)⁸⁷. Al derecho público le conciernen los actos de los organismos estatales o gubernamentales, y al derecho privado los actos de las organizaciones y personas privadas. Esto, sin embargo, no es lo que nos importa aquí, y de hecho se trata de una dicotomía bastante discutida en la teoría jurídica⁸⁸.

En una segunda acepción, que algo sea público significa que *aparece* frente a otros, que “puede verlo y oírlo todo el mundo”⁸⁹. Público es aquello que es visible, evidente, manifiesto, aquello que es realizado frente a la ciudadanía. Su opuesto es el *secreto*. Un poder público en el primer sentido puede actuar completamente a espaldas del público en este segundo sentido. Sólo en épocas recientes los poderes políticos empezaron a darle publicidad a sus actos, lo cual está directamente relacionado con el auge de las ideas democráticas⁹⁰. Aun así, está claro que, como remanente del modo premoderno de conducción política –de los llamados *arcana imperii*– todavía subsisten ciertas materias cubiertas por el secreto de Estado, como el espionaje.

Si en la primera acepción lo público está más estrechamente relacionado con un espacio institucionalizado de poder político, siguiendo esta segunda acepción podemos llegar a entender lo que configura en la actualidad lo que –

⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 13.

⁸⁸ Es sabida la oposición de Hans Kelsen a este dualismo. El mismo Bobbio relativiza algunas de las clásicas oposiciones entre lo público y lo privado que se suelen afirmar en la academia (Ibíd., pp. 14-22).

⁸⁹ ARENDT, Hannah. *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 1993, p. 59.

⁹⁰ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad...*, Op. Cit., pp. 33-34.

convencionalmente- se da en llamar la *esfera pública*. Una esfera que ciertamente incluye pero también –y sobre todo- supera la mera concatenación de actos de los llamados ‘poderes públicos’. Es lo que Habermas entiende como el espacio de la opinión pública, un espacio que no es una institución ni una organización, que no es un entramado de normas ni un sistema, sino que puede describirse como una “red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de opiniones (...)”⁹¹. Estas opiniones “representan un potencial político de influencia (...) sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos o sobre la formación de voluntad en los organismos parlamentarios, en los gobiernos y en los tribunales”⁹². En el capítulo IV veremos cómo se organiza esta influencia y cuál es su importancia para la democracia. Por ahora lo importante es que tengamos claro que la protesta opera y funciona específicamente en este espacio social.

La protesta es pública, entonces, en el sentido de que se hace de cara a la ciudadanía. Los manifestantes no se ocultan, no conspiran⁹³. Sus actos sólo adquieren relevancia política cuando se visibilizan en la esfera pública antes descrita.

⁹¹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 440.

⁹² *Ibíd.*, p. 443.

⁹³ Esta idea es la que nos permite separar o excluir como actores legítimos de la protesta al mediático grupo de los “encapuchados”. Sin embargo, esto no quiere decir que el intento de ocultar el propio rostro sea *per se* una actividad éticamente incorrecta ni mucho menos delictual, como algunos pretenden. Simplemente estamos diciendo que ese ocultamiento deslegitima o invalida el acto en cuanto comunicación pública de ideas. El anonimato debilita el discurso a los ojos del público, genera desconfianza, interrumpe el diálogo con el resto de la ciudadanía.

De hecho, uno podría argumentar que las protestas tienen como objetivo dar a conocer algo al resto de la comunidad, instalar en la opinión pública un determinado problema o carencia. Este es el caso evidente de la desobediencia civil, la cual es calificada por Ramón Soriano como una protesta que se hace “por y para la publicidad”⁹⁴.

Es un sinsentido hablar de una protesta privada; la única forma en que podríamos imaginarnos una cosa así es a través del ejercicio del derecho de petición o de queja, pero en ese caso estaríamos hablando más bien de una mera solicitud o de una representación, sin que el gobernante quedara ligado a esta solicitud ni comprometido frente a terceros. Es claro que la protesta tampoco liga en un sentido jurídico al gobernante, pero al menos lo compromete frente a la comunidad, lo deja en evidencia frente a la opinión pública. La protesta busca evidenciar, sacar a luz un problema relevante para la comunidad, por lo que la privacidad es contraria a sus objetivos. Así, la protesta bien puede ser considerada como una *interpelación* del ciudadano común a la autoridad política, o al poder en general.

Para que una queja o petición privada tuvieran un efecto real sobre el poder, tendrían que ir acompañadas de alguna medida de coacción o amenaza, o de un incentivo económico o político, y eso sólo puede proveerlo un sujeto que ya se encuentre en una posición de poder. Eso es lo que suele denominarse *lobby*. Se podría decir que aquellos que por falta de poder u

⁹⁴ SORIANO, Ramón. Op. Cit., p. 36. Indagaremos más en torno a la desobediencia civil en el capítulo III.

organización no están capacitados para ejercer dicho *lobby*, probablemente se verán obligados a recurrir a la protesta.

Finalmente, no podemos negar que la publicidad de la protesta tiene relación una vez más con su carácter simbólico. Los manifestantes no eligen cualquier lugar para llevar a cabo la protesta, sino lugares específicos, cargados de significado. Por eso no es lo mismo protestar en la Alameda que en una calle poco concurrida, ni es lo mismo protestar en la plaza pública que en el *mall*. Cada lugar posee su propia carga simbólica. Guardando las distancias, podríamos decir que toda protesta tiene su puesta en escena, donde los manifestantes "interpretan" su oposición ante el resto de la comunidad, llamándola a unirse a su causa o movimiento⁹⁵. Cuando se dijo durante el año 2011 que no se permitirían más marchas en la Alameda⁹⁶, lo que se hizo fue atacar así uno de los aspectos esenciales de la protesta: su interlocución con el "público" -con el resto de la ciudadanía. No se trata solamente de la acción de protestar en sí misma, la verdadera cuestión es el *dónde*⁹⁷.

⁹⁵ EYERMAN, Ron. Op. Cit., p. 210.

⁹⁶ "Alcalde de Santiago asegura que no se permitirán más marchas por la Alameda", <Radio Bío-Bío On Line>, 03/08/2011 [consultado por última vez el 15/05/2014], en el sitio: <http://www.biobiochile.cl/2011/08/03/alcalde-de-santiago-asegura-que-no-se-permitiran-mas-marchas-por-la-alameda.shtml>

⁹⁷ Retomaremos este tema en: Infra., Capítulo V, sección B), parágrafo 1.3.2.3.

3.3. Disenso y asimetría de poder

3.3.1. Noción y objeto del disenso: una discusión sobre el poder

Hemos dicho que la protesta es una expresión de disconformidad o desaprobación respecto de algo. Sin embargo, en este trabajo hablaremos más bien de *disenso*. Generalmente se define al disenso tan sólo como lo contrario del consenso -es decir, del acuerdo entre dos o más partes- y como un componente polémico de la democracia⁹⁸. Sin embargo, en este trabajo veremos que el disenso tiene una cara positiva, que lo hace bastante valioso para este régimen político.

Ahora bien, más allá de qué es el disenso, lo que nos debe importar es respecto de qué o de *quién* se disiente. Así como antes nos detuvimos en el lugar de la protesta, ahora nos centraremos en su objeto.

Por ahora digamos que un régimen que tolera el disenso es un régimen donde es válido disentir de las decisiones de *quienes detentan el poder*. Esto significa que se puede disentir (y actuar en consecuencia, manifestando el disenso) respecto de una ley, una política gubernamental o la actuación de cualquiera que se encuentre en una posición de poder (político, económico, religioso, etc.).

Esto último es esencial: la protesta no se dirige sólo contra el Estado o sus organismos. Si la protesta es una de las actividades humanas que necesariamente participan de la esfera pública, ella puede servir también para

⁹⁸ Los dos polos de la democracia son el consenso y el disenso. La esencia democrática del disenso será analizada con profundidad en el capítulo IV.

comunicar o visibilizar situaciones de injusticia que, a pesar de no haber sido generadas directamente por organismos del Estado, tengan, a juicio de los manifestantes, relevancia pública. Ello incluye, por cierto, a los poderes privados, poderes sobre los cuales es preciso acotar un par de cosas.

Es sabido que en su primera versión el constitucionalismo moderno era concebido como una técnica o mecanismo de minimización del poder público, o en otras palabras, de la sujeción del poder político a la Constitución y las leyes. Sin embargo, si atendemos a la evolución del Estado moderno, notaremos a lo menos dos modificaciones en este esquema original: la creciente burocratización del Estado, que ya hemos analizado a grandes rasgos, y la liberación de los poderes del mercado en el marco de la ideología librecambista. Sin llegar a pronunciarnos respecto de la separación dualista entre Estado y sociedad –entendida esta última como sociedad de mercado- que la ideología dominante presupone, es preciso puntualizar que ella se basa en una fuerte petición de principios. Nos pide que hagamos la vista gorda a los problemas de la sociedad civil o que consideremos las relaciones de dominio y subordinación que se dan en ella como relaciones naturales producto de un supuesto “orden espontáneo”. Pero lo cierto es que la experiencia nos dice que la dominación y el abuso pueden provenir tanto desde la esfera pública como desde la esfera privada. Baste con recordar cuestiones tan elementales como la incapacidad

civil de la mujer casada o el poder de los padres para corregir a sus hijos de manera violenta, que hasta hace poco eran parte de nuestra legislación civil⁹⁹.

Aquí hay dos temas que se cruzan: primero, el problema de la definición del poder, y, segundo, el dato sociológico de la creciente confusión entre el ámbito público y el ámbito privado, que a su vez ha ido generando una serie de mutaciones en nuestro entendimiento del derecho.

Veamos el primer tema. No entraremos aquí en el extenso debate filosófico sobre el significado de la palabra 'poder' (sobre todo tras la profunda evolución que han manifestado en los últimos dos siglos las estructuras políticas y económicas). Sí podemos decir que un primer problema filosófico es el que se da entre las visiones verticales del poder y las visiones horizontales del poder. Para un autor como Foucault, por ejemplo, el poder no puede ser concebido como un fenómeno macizo y homogéneo, como dominación de un individuo sobre otro o de una clase sobre otra. Al contrario, debería analizarse como "algo que circula o, mejor, como algo que sólo funciona en cadena"¹⁰⁰. Sería algo que se ejerce "en red"¹⁰¹. En esta línea de pensamiento cualquier

⁹⁹ A propósito del segundo de los problemas enunciados, el artículo 234 de nuestro Código Civil señala: "Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, *cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal*". A pesar de la aclaración que he enfatizado con cursivas, este artículo todavía causa cierta polémica a nivel doctrinario. Al respecto, véase: TAPIA, Mauricio. "Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos", Revista chilena de Derecho, Santiago, vol. 35, N°1, 2008, pp. 211-215.

¹⁰⁰ FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2000, p.38.

¹⁰¹ Para Foucault, existe una gran dicotomía teórica respecto del tema del poder. Es la dicotomía entre liberales y marxistas, entre el poder como *contrato* y el poder como reflejo y soporte de las relaciones económicas existentes en la sociedad (y por ende como *opresión* de una clase sobre otra). Ambas visiones son, para el autor, concepciones economicistas del

distinción entre un poder público y un poder privado carece de sentido; lo que importa no es quién ejerce el poder sino *cómo* lo hace.

Pero es precisamente ese *quién* lo que a nosotros nos interesa; determinarlo no es baladí para el derecho. Ello nos reconduce al debate entre la concepción restringida del poder como mero poder público (propia del paradigma liberal) y la concepción amplia del poder como algo que atraviesa toda la sociedad (propia del paradigma socialdemócrata). El mejor exponente de la dicotomía es Luigi Ferrajoli.

Para él, la concepción restringida del poder se basa en dos confusiones conceptuales. La primera es la que homologa libertad y propiedad. Así, “se entiende (...) al mismo tiempo el derecho a ser propietario y a disponer de los propios derechos de propiedad, que es un aspecto de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar (...) y el concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien”¹⁰².

poder. En realidad, se podría decir que son dos caras de la misma moneda. Frente a esta oposición, se ubican aquellos que conciben el poder como una relación de fuerza en sí mismo. Sin embargo, estos a su vez se encuentran divididos en múltiples posiciones. Una de ellas es la que identifica el poder con lo que reprime (poder = represión). Esta es la interpretación proveniente del psicoanálisis, especialmente de Reich. Otra interpretación considera que el poder es esencialmente una lucha, una guerra, una forma de confrontación (poder = guerra). Estas dos visiones, también son dos caras de una misma moneda. Así, la verdadera oposición, para Foucault, es aquella que se da entre la tesis del poder como contrato-opresión y el poder como guerra-represión. Como es obvio, Foucault busca difuminar a su vez las diferencias entre ambos bloques de pensamiento, afirmando que, en el fondo, el binomio guerra/represión es la verdad invisible detrás del binomio contrato/opresión (Véase: *Ibíd.*, pp. 15-31).

¹⁰² FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 29.

En el esquema del autor italiano, existe una profunda división entre los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales¹⁰³. Mientras los derechos fundamentales son universales (le corresponden a clases indeterminadas de sujetos), inalienables y verticales (implican una relación directa entre el Estado y el individuo), los derechos patrimoniales son singulares (le corresponden a sujetos específicos con *exclusión* de otros), alienables (o disponibles) y horizontales (implican relaciones *entre* individuos). La fuente de los primeros es la ley; la de los segundos, el negocio jurídico¹⁰⁴.

El corolario de esta distinción es que no se pueden subordinar los derechos fundamentales a la propiedad privada; por el contrario, el mercado – que es el ámbito privilegiado de la libertad negocial- sería de suyo regulable e incluso podría ser intervenido en pos de la protección de derechos fundamentales.

La segunda confusión es aquella que se da entre derechos de libertad y derechos de autonomía. Los primeros implican libertades negativas (de no interferencia, sustraídos a la intervención de terceros, así sea el Estado o el mercado), mientras que los segundos constituyen libertades positivas (libertades para autodeterminarse) y son calificados por Ferrajoli como

¹⁰³ El autor define a los primeros como “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “status” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”. *Ibíd.*, p. 19. El tema de los derechos subjetivos será visto en detalle en el capítulo V.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, pp. 29-30, pp. 155-161.

derechos-poderes. Independientemente de lo que pensemos de esta clasificación (que puede parecer a simple vista demasiado abstracta), lo que para Ferrajoli constituye la clave para separar ambos tipos de derechos es el problema de la desigualdad. A juicio del autor, los primeros derechos son derechos de igualdad, les corresponden a todos sin distinción. Así, todos tienen derecho a no ser torturados por el Estado, como todos tienen derecho a que el Estado les provea una educación pública de calidad. Por otro lado, los segundos funcionan como un *permiso*: otorgan a las personas un espacio de acción, lo que puede generar que los individuos más astutos o fuertes impongan su voluntad respecto de los más débiles. Así, una persona ejerciendo su derecho a realizar negocios jurídicos puede otorgar a otro un préstamo con intereses elevadísimos o sujeto a una cláusula leonina; por otra parte, una mayoría parlamentaria puede decidir prohibir el ejercicio de una religión o de un partido político opositor. En vista de estas asimetrías –que dependen, en definitiva de la *fuerza* de un individuo o de un grupo de personas, es decir, de *situaciones asimétricas preexistentes* en la sociedad- los derechos de autonomía deben ser regulados o restringidos por los derechos de libertad. Como dice Ferrajoli:

"El poder tiene el específico efecto de producir desigualdad, disparidad, serialización, disciplina, relaciones de sujeción, y la desigualdad consiste en relaciones asimétricas de poder/deber y en el

sentimiento de desigualdad de las identidades propias y de otras que les acompañan"¹⁰⁵.

La necesidad de constreñir el poder no tendría como justificación sólo el aseguramiento de la libertad, sino también la minimización de las desigualdades y de la violencia social. Y es que Ferrajoli, fiel a la tradición contractualista, concibe al Estado de derecho como lo contrario al Estado de naturaleza (caracterizado por su "libertad salvaje y desenfrenada", en palabras de Kant¹⁰⁶), "libertad salvaje" que no sería otra cosa que la ley del más fuerte. Luego, el derecho, siguiendo a Ferrajoli, sería concebido como creación de la razón humana (orden artificial) en procura de conjurar esta ley de la naturaleza, reemplazándola por la "ley del más débil". Así, el Estado de derecho tendría el objetivo de minimizar el poder en todos sus ámbitos mediante la aplicación de tres principios: legalidad, publicidad y responsabilidad de los sujetos en situación de poder¹⁰⁷.

Lamentablemente, ninguno de estos principios se respeta a cabalidad en las democracias liberales. De hecho, en este punto Ferrajoli ensaya una tipología de lo que él denomina "poderes salvajes", poderes propios del Estado de naturaleza que el Estado de derecho liberal está aún lejos de constreñir y que estarían representados, entre otros, por las mafias, la burocracia estatal,

¹⁰⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, p. 299.

¹⁰⁶ Citado en: FERRAJOLI, Luigi. *El garantismo y la filosofía del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 120.

¹⁰⁷ Para una explicación detallada véase: *Ibíd.*, pp. 65-77.

las empresas y las redes de corrupción¹⁰⁸. El principal drama es que todos estos poderes tienen un carácter “tendencialmente absoluto”¹⁰⁹, ya que escapan a la legalidad, se mueven en el secreto (en contraste con la publicidad propia de la democracia), evitando así el control de la ciudadanía. Todo ello configura nuevas situaciones de desigualdad y genera, como corolario de lo anterior, más violencia en el seno mismo de la democracia.

Por otro lado, la distinción entre lo público y lo privado se ha ido difuminando progresivamente en el mundo contemporáneo. Uno de los remedios que se han concebido para minimizar los efectos negativos de esta imbricación, estimamos, es el famoso “efecto horizontal” de los derechos fundamentales¹¹⁰. Esto es claramente una reacción al vacío generado por el

¹⁰⁸ Para configurar dicha tipología, Ferrajoli distingue dos oposiciones: 1) Entre poderes ilegales y extralegales, y, 2) Entre poderes privados y poderes públicos. Los poderes ilegales violan directamente la ley, mientras que los poderes extralegales se sitúan por fuera de la ley, carecen de control legal.

Así, existirían: 1) Poderes ilegales privados, representados, entre otros, por las mafias y las células terroristas; 2) Poderes ilegales públicos, compuestos por las redes de corrupción estatal y redes de espionaje; 3) Poderes extralegales privados, constituidos por las empresas, que para Ferrajoli son “micropoderes económicos que, en ausencia de límites y controles legales, tienden a desarrollarse con dinámica propia, arrollando las garantías de los derechos de los trabajadores, los principios de transparencia y concurrencia, los intereses públicos y los derechos sociales, condicionando fuertemente la esfera de los poderes públicos” (pp. 128-129); y, 4) Poderes extralegales públicos, que son, en primer lugar, los Estados precariamente vinculados por el derecho público internacional y, en segundo lugar, la densa burocracia estatal, caracterizada por la “proliferación incontrolada de poderes anónimos y discrecionales” (p. 130). Véase la tipología en detalle en: *Ibíd.*, pp. 126-131.

¹⁰⁹ *Ibíd.*, p. 131.

¹¹⁰ Hay argumentos que permiten sostener que el concepto construido por la doctrina alemana, y que constituye el modelo a seguir por España y América Latina ha sido tomado de manera acrítica por la mayor parte de nuestra doctrina. Así, la horizontalidad de los derechos se suele desprender de un efecto de irradiación que se basa fundamentalmente en un concepto de los derechos como orden objetivo de valores. Como se verá en el capítulo V, aquí coincidimos parcialmente con la tesis de los derechos como valores. Sin embargo, esta coincidencia es sólo parcial porque la comprensión de los derechos como valores conlleva varios problemas doctrinarios que pueden causar confusión teórica. De partida, emplea una terminología axiológica cuando de lo que hablamos es, en realidad, de una cuestión deontológica. Pero, más

concepto restringido del poder propio del ideario liberal. Pero además el problema del llamado efecto horizontal o efecto de irradiación de los derechos tiene mayor urgencia en las últimas décadas, a partir del sucesivo desmantelamiento del Estado social y la oleada de privatizaciones de los servicios públicos. La privatización tiene como corolario la traslación del poder desde el ámbito estatal-público al ámbito empresarial. Esto significa que las empresas deberían pasar a ser paulatinamente responsables por la vulneración de las expectativas positivas de los ciudadanos. El problema es que, siguiendo la ideología librecambista, que refuerza la ampliación de los espacios de “libertad” de los privados y la desregulación del sistema, este poder privado tendería a sustraerse, en principio, de cualquier limitación. Y es que su propia naturaleza aleja a las corporaciones privadas de la publicidad que caracteriza a la democracia (el poder público que se ejerce en público, en palabras de Bobbio¹¹¹). Por eso, en los últimos años se ha venido enfatizando la necesidad de vigorizar los sistemas de responsabilidad empresarial, que actualmente tienen una débil expresión en los derechos de los consumidores, derechos que han pasado a ocupar en el imaginario colectivo el lugar central que

allá del problema semántico, una de las críticas que se ha hecho a esta visión es que entender los derechos como valores distorsiona su naturaleza asociada a un cambio de paradigma: un cambio que va desde el súbdito como objeto de deberes impuestos por la autoridad, hasta el ciudadano, como sujeto de derechos respecto del Estado. Es decir, hablar sólo de valores, omitiendo el aspecto subjetivo de los derechos llegaría a ser un contrasentido (lo mismo podría decirse, eso sí, de referirse a ellos sólo como posiciones subjetivas). Un buen resumen del problema se puede ver en: MARSHALL, Pablo. *Sobre los derechos fundamentales y su eficacia*. Memoria (licenciatura en ciencias jurídicas y sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2007. Analizaremos estas cuestiones en el capítulo V.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, pp. 94-95.

antiguamente tenían los derechos laborales. Esta es una de las razones que han trasladado la protesta desde la crítica a las instituciones políticas a la crítica de las corporaciones privadas.

En suma, si vamos a entender a la protesta como una manifestación pública de desaprobación, discrepancia o disenso respecto del poder, hay que clarificar que utilizamos un concepto amplio de poder, que es el único adecuado para enfrentar los problemas que en la actualidad nos presenta la realidad social.

3.3.2. La otra cara del disenso: surgimiento del contrapoder.

La definición anglosajona decía que la protesta generalmente proviene de aquel que no tiene poder para cambiar aquello contra lo cual se opone. La protesta busca generar un cambio institucional que los manifestantes no están capacitados para lograr, ya sea porque no han conquistado aún el favor de la mayoría, ya sea porque, a pesar de promover una idea mayoritaria –como ocurrió con el movimiento estudiantil chileno del año 2011- existen trabas institucionales para llevar a cabo los cambios que se proponen. Ahora bien, esto implica que quienes protestan *creen* en su capacidad efectiva para inducir el cambio. Y es que, si bien los manifestantes carecen del poder legal, ello no significa que carezcan de todo poder. La protesta es, en realidad, la

manifestación de un *contrapoder*, un poder que, si bien es bastante inferior al poder que detentan las autoridades, dista de ser insignificante¹¹².

Si consideramos correcta la caracterización hecha por Hannah Arendt, el origen del poder radica en la *unión* entre los hombres: “el poder surge entre los hombres cuando actúan juntos y desaparece en el momento en que se dispersan”¹¹³. Es cierto que el Estado detenta el monopolio de la violencia, pero si fuera *sólo* violencia, no podría sostenerse o se convertiría en una máquina de exterminio, como lo fueron los Estados totalitarios. Por otro lado, es posible que grupos paraestatales posean un nivel considerable de poder, fundado en la masividad y el nivel de organización con el cual actúan. Por eso, Arendt concluye que “[e]l único factor material indispensable para la generación de poder es el vivir unido del pueblo. Sólo donde los hombres viven tan unidos que las potencialidades de la acción están siempre presentes, el poder puede permanecer con ello”¹¹⁴.

Lo anterior ratifica lo que hemos dicho más arriba, en cuanto a que la acción de las diversas asociaciones y organizaciones sociales constituye una forma de ejercicio de poder, aunque en el corto plazo ella no se materialice en cambios institucionales. Esto tiene una base empírica notable en nuestro país,

¹¹² Esta idea coincide con la noción amplia de “poder” que analizábamos en el punto anterior. Siendo consecuentes con ello, debemos señalar que, por esta misma razón –porque se trata del ejercicio de una forma de poder- la protesta debe ser siempre regulada. Lo que discutiremos más adelante en este trabajo es si en Chile tenemos verdaderamente una regulación de la protesta o se trata, más bien, de un socavamiento o conculcación de este derecho-poder en beneficio de *otros poderes*, menos ligados con la sociedad civil y la democracia, y más ligados con los aparatos burocráticos y mercantiles.

¹¹³ ARENDT, Hannah. *La condición humana*, Op. Cit., p. 223.

¹¹⁴ *Ibíd.*, p. 224.

si se considera la forma en que la agenda pública de los últimos años ha estado centrada en las propuestas de los grupos movilizados (esto es evidente en materia educacional, pero también puede observarse este fenómeno en el caso del matrimonio igualitario, la agenda de descentralización y la agenda medioambiental, entre otras).

Esta idea también nos puede llevar a señalar otra característica esencial que se da en la protesta: su dimensión *colectiva*. Es cierto que la protesta puede ser llevada a cabo por un solo individuo, pero incluso cuando se trata de un solo individuo manifestándose la protesta tiene su razón de ser en una causa colectiva o en un corpus de ideas afirmadas por un grupo de ciudadanos o de individuos afines. De hecho, cuando un sujeto protesta en forma individual rara vez lo hace exclusivamente a nombre propio; por lo general se protesta a nombre de otro, y se protesta para apelar al sentido común del resto de la sociedad civil. Una vez más, notamos que en la protesta hay un sentido de lo público que va de la mano con este carácter colectivo.

3.4. El aspecto normativo: la no-violencia

3.4.1. Disquisiciones teóricas

La violencia es uno de los problemas usuales que surgen cuando estudiamos la protesta social, ya sea que nos refiramos a la violencia proveniente de los mismos manifestantes, como aquella proveniente de las fuerzas de orden público. Generalmente se habla en la prensa de “protestas

violentas”, y a veces los mismos manifestantes hacen una fuerte condena de la violencia, acusando que los actos violentos sólo buscarían “deslegitimar” al movimiento.

Al respecto, es interesante notar la asimetría que suele darse en estos casos: nadie arguye que la violencia de las fuerzas de orden público “deslegitima” a la institución de Carabineros de Chile, o al Estado mismo. Esto se debe a que dichas entidades poseen *prima facie* la legitimidad para utilizar la violencia, mientras que las organizaciones de la sociedad civil se encuentran sujetas a un proceso permanente de legitimación, en el cual deben apelar a criterios de justicia comprensibles para la generalidad de la población. Ahora bien, ¿significa esto que las instituciones estatales están sujetas a un criterio de legitimidad meramente legal, en el sentido de que basta la ley para hacerlas legítimas? No, ya que los criterios de legitimación democrática son más altos que la mera apelación a la legalidad (argumento que desarrollaremos detenidamente en los próximos capítulos).

En fin, podría aventurarse que existe una disonancia entre el discurso democrático –y democratizador- que presupone la condena a la violencia de los manifestantes y el discurso predemocrático (y de tintes absolutistas) que presupone la legitimidad de los actos de la policía, aun cuando esta utilice la violencia sin tomar en consideración los criterios democráticos (por ejemplo, vulnerando derechos fundamentales). Esta asimetría y la definición de la

violencia serán desarrolladas *in extenso* en el capítulo final. Por ahora nos contentaremos con apuntar algunas cosas.

En las últimas décadas se han venido instalando en la sociología las nociones de violencia sistémica, que se refiere a las consecuencias violentas del funcionamiento normal de la estructura político-económica¹¹⁵, y violencia simbólica, entendida generalmente como la violencia implícita en el entramado de significados sociales¹¹⁶. Estas ideas –distintas pero entrelazadas- asumen que la violencia es un fenómeno mucho más extendido que lo que se suele señalar en el discurso vulgar, entendiendo que un sistema injusto –un sistema de dominación de clase- supone una violencia inerte –invisible, pero efectiva- que no se manifiesta en hechos concretos de sangre o violencia física (o violencia "subjetiva" en términos de Zizek¹¹⁷), pero que implica relaciones permanentes de fuerza (u "objetivas") encubiertas por las leyes o las costumbres. Es decir, todo sistema social donde existan relaciones de

¹¹⁵ La violencia sistémica vendría dada, según Zizek por "the often catastrophic consequences of the smooth functioning of our economic and political systems": ZIZEK, Slavoj. *Violence. Six sideways reflections*, New York, Picador, 2008, p. 10.

¹¹⁶ Zizek sostiene que la violencia simbólica es la violencia incorporada en el lenguaje, ya que todo lenguaje sería la imposición de un determinado universo de significado. *Ibíd.*, pp. 9-10. Siguiendo una intuición de Lacan, Zizek sostiene que la comunicación humana no es en su dimensión constitutiva un espacio de intersubjetividad igualitaria, como pretenden Habermas y otros, sino que un espacio donde el Maestro *impone* su discurso al discípulo (pp. 61-62). Para Pierre Bourdieu, en tanto, la violencia simbólica es la imposición de un significado como legítimo, ocultando las relaciones de poder que son la base de su fuerza. La violencia consiste, en último término, en la imposición de un arbitrio cultural por un poder arbitrario, ocultándole al sujeto de dicha imposición las marcas de esta arbitrariedad. Véase: BOURDIEU, Pierre y PASSERON, Jean-Claude. *Reproduction in Education, Society and Culture*, Sage publications, Londres, 1990, pp. 4-5. Resuena en todos estos autores la dramática frase de Roland Barthes en su lección inaugural del *Collège de France*: toda lengua es fascista, no porque impida decir, sino porque obliga a decir.

¹¹⁷ ZIZEK, Slavoj. *Op. Cit.*, p. 9.

dominación podría ser entendido como un sistema donde la violencia se ha institucionalizado.

Ahora bien, es sabido que el derecho sólo se hace cargo de la violencia subjetiva o violencia directa. Para el derecho es muy difícil atacar la violencia implícita del sistema, y le es prácticamente imposible atacar los contenidos simbólicos ocultos en el lenguaje y la ideología dominante. Pues si bien en el marco del Estado democrático de derecho la norma jurídica se hace cargo tanto de los actos violentos de los particulares como de las extralimitaciones del poder político y policial en el uso de sus facultades represivas, lo cierto es que el derecho por sí solo no puede poner en cuestión su propia subordinación al sistema político y económico. Esto no quiere decir que la ciencia y la teoría jurídica no puedan incidir en la modificación de las leyes: se podría argumentar incluso que los principios constitucionales del Estado moderno abogan por una superación del actual sistema político-económico. Pero los instrumentos de los juristas siempre serán limitados, porque de lo que se trata aquí es de un cambio estructural, y ese es un cambio que sólo puede hacer la acción política. El nuevo derecho sólo podría ratificar, garantizar, institucionalizar o proteger lo ya modificado por dicha acción. Y en este sentido este derecho podría ser considerado, por los que se vean afectados negativamente por el nuevo sistema, como una nueva fuente de violencia sistémica o simbólica. La crítica de la violencia es inseparable de la crítica del derecho¹¹⁸.

¹¹⁸ Véase infra: Capítulo VI, Sección B, párrafo 1.

Sirvan estas prevenciones para aclarar por qué en este trabajo no innovaremos en el tema de la violencia, sino que sólo nos abocaremos al control de la violencia subjetiva. Sin embargo, dada nuestra crítica hacia la función del derecho en la sociedad, pondremos especial énfasis en la violencia policial, violencia que se torna mucho más grave cuando el Estado moderno tiene al menos la *pretensión* de minimizar la violencia de la sociedad.

Por otro lado, estas ideas sociológicas sobre la violencia no agotan el tema filosóficamente hablando. Se podría decir que sólo Hannah Arendt ha elaborado una concepción de la violencia que encierra realmente su esencia como fenómeno humano. Para ello tiene que separar analíticamente la violencia del poder: la violencia y el poder serían, según veremos en el último capítulo, términos opuestos, ya que donde uno prima la otra brilla por su ausencia. Podrá parecer, a simple vista, una noción contradictoria con la establecida más arriba. Sin embargo, lo que hace Arendt no es atacar dichas visiones más elásticas sobre la violencia, sino plantear una nueva comprensión sobre el poder. Para Arendt, el poder en estado puro es un poder sin derecho, es decir, un poder sin necesidad de recurrir al monopolio de la violencia¹¹⁹.

Aclaradas estas cuestiones, corresponde explicar por qué es tan importante separar la protesta de la violencia. Si hemos hablado de una estructura comunicativa de la protesta y su papel simbólico en la sociedad, no podemos defender la idea de una protesta violenta. Porque si bien tienen razón

¹¹⁹ Véase infra: Capítulo VI, Sección B, parágrafo 1.3

Zizek y Bourdieu cuando dicen que la comunicación humana tiende a encubrir la violencia de las relaciones materiales que la sustentan, esto no quiere decir que la violencia sea una forma de comunicación. Que la comunicación sea violenta no implica que la violencia sea comunicativa. En realidad, la violencia exteriorizada *interrumpe* la comunicación pretendida por el acto de protesta. Los actos violentos no dicen nada por sí mismos: para sus víctimas son simplemente un daño. Para quienes observan los actos de violencia, estos denotan una situación de arbitrariedad pura. Sólo *a posteriori*, cuando la violencia es explicada, podemos argumentar que dichos actos fueron producto de una agresión previa o de una historia previa de dominación social que no conocíamos.

Entonces, si queremos entender qué es realmente una protesta, es necesario que la separemos conceptualmente de la violencia. Si la protesta es una forma de ejercer poder, un derecho-poder en términos de Ferrajoli, entonces la violencia es perjudicial para los propios intereses de la protesta. Es decir, la violencia tendrá el efecto de anularla o destruirla. Y eso es lo que generalmente ocurre cuando los manifestantes agreden o responden a las agresiones de la policía; la protesta deviene en una batalla campal que anula el efecto congregador –colectivo- de los actos de protesta.

Lo anterior implica que cuando en el ejercicio de la protesta se cometen actos de violencia, estos revisten un carácter secundario u accesorio frente a su objetivo esencial, que es la comunicación del desacuerdo. Estos actos violentos

suelen ser efectos colaterales de la protesta, generalmente no buscados por sus convocantes y tienen como raíz la impotencia o la rabia, algunas veces azuzadas por la acción represiva de la fuerza pública. Esto quiere decir que, por lo general, se trata de una violencia *reactiva*, que contrasta con la violencia organizada de la guerrilla o la revolución. Por otro lado, allí donde hay violencia organizada no hay protesta, porque el desacuerdo ya no se expresa como desacuerdo sino como anulación del otro, el problema deja de ser ético e incluso deja de ser político: pasa a ser meramente *técnico* o estratégico. De lo que se trata con la violencia es de poseer los medios más idóneos para provocar el mayor daño.

3.4.2. El paso de la protesta a la revuelta: ¿cuándo se justifica la violencia?

Existe un umbral difuso que separa la protesta de la resistencia constitucional. ¿Cuándo se puede dar este paso? ¿Cuándo puede ser justificable la violencia? Para Roberto Gargarella, la resistencia puede ser justificable cuando existe una situación de *alienación legal*, es decir, aquella “situación donde el derecho no representa una expresión más o menos fiel de nuestra voluntad como comunidad sino que se presenta como un conjunto de normas ajenas a nuestros designios y control, que afecta a los intereses más

básicos de una mayoría de la población, pero frente al cual ésta aparece sometida”¹²⁰.

El problema de esta definición, por muy atractiva que parezca a simple vista, es que el presupuesto de la resistencia es demasiado débil si consideramos que en la mayoría de las democracias occidentales la ciudadanía se siente ajena al proceso de toma de decisiones. Parece, por ende, que habría que especificar la definición aún más, señalando que la vulneración a la que se refiere debe afectar los derechos fundamentales de una parte de la población. Sólo en este caso vemos que existe una vulneración objetiva de la constitución –en el sentido de que encuentra sustento en una norma, que es el derecho fundamental vulnerado- y, por ende, la resistencia se justifica. Ahora bien, esto sigue siendo demasiado vago. Y es que el problema de la resistencia, tanto en este caso como en el caso paradigmático del derecho alemán, consiste en su dependencia de criterios bastante laxos y subjetivos, que a su vez están determinados por la contingencia política. Esto tiene directa relación con lo que indicábamos más arriba sobre la violencia, y es que ella siempre debe ser explicada. Yo puedo tener un derecho a defenderme de las agresiones ajenas, pero no tengo derecho a agredir a otro sin motivo alguno. El derecho aparece como una reconstrucción posterior al momento de la violencia, una vez que la lucha se ha aplacado o estabilizado. Con esto no se quiere decir que la violencia nunca esté justificada, sino que el modelo argumentativo que sustenta

¹²⁰ GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Op. Cit., p. 205.

los actos violentos difiere sustancialmente del modelo argumentativo que sustenta los actos sociales comunes. En estos últimos la comunicación sigue siendo posible, aunque se puedan presentar interferencias a través del uso distorsionador del espectáculo, o mediante ciertas formas de coacción o de negociación en base a intereses. Pero cuando la violencia ingresa en la acción social, significa que la comunicación se ha interrumpido.

La objeción que podría hacerse es que esta visión “normalizadora” de la protesta desdeña su aspecto potencialmente subversivo. Lo mismo podría argumentarse respecto de la libertad de expresión y, sin embargo, ella continúa generando problemas en todos los países donde es tomada en serio. El potencial subversivo de la protesta no tiene relación directa con su protección o falta de protección constitucional sino con la naturaleza de su discurso. Mientras el discurso busque ampliar el horizonte de lo posible, la protesta mantendrá dicho potencial subversivo.

II.

HISTORIA DE UN CONCEPTO: DE LA REBELIÓN A LA PROTESTA

Hacia el final de su estudio sobre la protesta, Roberto Gargarella intenta reconstruir los argumentos que justifican el viejo derecho de resistencia en el contexto de la actual democracia constitucional¹²¹. Este derecho –también llamado a veces derecho de rebelión¹²²- estuvo desde el feudalismo en el centro de la reflexión constitucional, aun cuando a partir del siglo XVIII fue paulatinamente abandonado conforme se iba asentando el Estado moderno. Sin embargo, el derecho de resistencia sirvió de justificación para las dos revoluciones que marcaron el devenir del constitucionalismo moderno: la Revolución Francesa y la Revolución Americana.

Si la vigencia del actual estado de cosas descansa sobre la justificación filosófica de la rebelión violenta respecto del antiguo régimen, ello significa que

¹²¹ GARGARELLA, Roberto. Op. Cit., pp. 205-237.

¹²² En este capítulo hablaremos tanto de la resistencia como de la rebelión, conceptos que podría entenderse análogos, máxime la consideración de su idéntica raíz etimológica, compartiendo un elemento común, pero difiriendo en su intensidad. Pues si bien ambos significan un rechazo acerca del dominio ajeno, el primero implica mantener la propia posición, mientras que el segundo apela derechamente a una confrontación bélica con el opresor. En realidad, podríamos agregar, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la rebelión es una forma específica dentro de las estrategias incluidas dentro del “derecho de resistencia”. Los términos se invierten cuando nos referimos al problema filosófico. Desde esta perspectiva, la rebelión precede claramente la construcción teórica del derecho de resistencia y tiene connotaciones más bien teológico-políticas. Este capítulo quiere analizar el tema desde una doble perspectiva. Por un lado, analizamos la decadencia del derecho de resistencia en el mundo democrático moderno y su paulatino reemplazo por estrategias que enmarcaremos dentro del derecho a la protesta. Por otro lado indagamos en el significado profundamente negativo que le han dado los filósofos a la rebelión, desmontando el armazón teórico del dogma de la obediencia absoluta.

la resistencia al poder corrupto es una parte ineludible del pensamiento constitucional. Como Gargarella nos espeta: “La idea de resistencia frente a la autoridad nos coloca, sin dudas, en los límites mismos del constitucionalismo”¹²³. Esto no afirma necesariamente que el constitucionalismo se ubique más acá de esos límites, sino, por el contrario, que un análisis realmente serio del paradigma constitucional no tiene otra opción que indagar en ellos para echar luz sobre el resto de sus principios.

Pues bien, el problema de la resistencia se torna de suyo relevante para nuestro estudio, ya que el derecho a la protesta encuentra precisamente en ella su límite externo, el que a su vez viene dado, como sostuvimos en el capítulo anterior, por el problema de la violencia como mecanismo de cambio social, cuestión consustancial a la idea de resistencia. Luego, y a diferencia de aquélla, el derecho a la protesta se enmarca en un respeto general hacia el orden jurídico, excluyendo de su ejercicio, *prima facie*, la utilización de la violencia. En este sentido, el concepto de protesta que utilizamos en este trabajo se encuentra más emparentado con el de desobediencia civil –una de las formas extremas de la protesta-, cuyo estatus constitucional se analizará más adelante.

Hechas estas prevenciones, sin embargo, es evidente que el trinomio protesta-desobediencia-resistencia está conceptualmente emparentado. Y es que en la más tímida protesta –en cuanto reacción frente a una situación de injusticia- podemos encontrar ya un sentimiento embrionario de rechazo frente a

¹²³ *Ibíd.*, p.225.

la autoridad, así como la desobediencia a las leyes –por muy pacífica que sea- puede llegar a poner en crisis la totalidad de un sistema jurídico, como ocurrió efectivamente en la India de la mano de Gandhi.

De hecho, la desobediencia al poder –que es uno de los tantos elementos que caracterizan a los actuales movimientos de protesta- es considerada todavía por muchos juristas como parte del viejo derecho de resistencia¹²⁴, mientras que en términos filosóficos siempre ha sido considerada como una forma de rebelión.

La posibilidad de que un ciudadano pueda desobedecer a la autoridad sin que por ello sea sometido a grandes sanciones es un fenómeno relativamente reciente. Esto denota, por cierto, un cambio en la manera en que el ordenamiento jurídico entiende el disenso. Así, en la actualidad muy poca gente diría que los movimientos organizados de protesta son expresiones de insurrección popular; por el contrario, existe cierta comprensión de estos como legítimos en el marco de una democracia sana. Es decir, la protesta social surge como un tema para el constitucionalismo desde el momento en que se retira del mundo de las ideas el problema de la rebelión. De la misma manera, la homologación autoritaria del crítico con el rebelde cede paso a un pensamiento que es capaz de distinguir formas legítimas e ilegítimas de manifestación del disenso.

¹²⁴ Véase: BOBBIO, Norberto. “La resistencia a la opresión, hoy”, en: *El tiempo de los derechos*, Op. Cit., pp. 187-201.

¿Cómo sucede este cambio de perspectiva? En primer lugar, anotemos que ello está directamente relacionado con la evolución del Estado moderno, antes de cuyo surgimiento la existencia de poderes disgregados hacía improbable la idea de una rebelión total (por ejemplo, una rebelión general de los campesinos respecto de los señores) aunque mucho más asequibles las rebeliones locales, amparadas ya sea en la furia puntual de la masa respecto de los actos tiránicos del señor, como producto del derecho de resistencia, tal como había sido conceptualizado por la tradición escolástica. Luego, el poder centralizado de la unidad estatal mermó de manera considerable la posibilidad de ejercer este derecho de resistencia, pero fue haciendo necesaria –en forma paulatina- la posibilidad de la desobediencia y otras formas de protesta social como salvaguardas del individuo y de la sociedad respecto de este nuevo poder omnímodo.

Desde el punto de vista filosófico, sin embargo, la idea de un derecho a la protesta, cuyo corolario lógico es la posibilidad del ciudadano de desobedecer las leyes del Estado, tardó bastante tiempo en adquirir peso. Los teóricos del Estado moderno –desde Hobbes y Locke hasta Rousseau, Kant y Hegel- estaban demasiado preocupados en defender la supremacía de este nuevo poder estatal –todavía bastante débil- por lo que se vieron obligados a denegar la posibilidad de la protesta y la desobediencia. Homologando legitimidad y legalidad, el pensamiento de la Ilustración pudo concebir la rebelión contra la monarquía absoluta, para cerrar luego el círculo de un Estado

imponente, sin fisuras, al que el ciudadano no podía desobedecer, porque era, supuestamente, la realización de la voluntad universal. Es decir, se defendió en primer término la resistencia contra la monarquía absoluta y el sistema feudal, pero luego se descartó la posibilidad de resistir la injusticia en el marco del emergente Estado de derecho.

Desde un punto de vista estrictamente sociológico, se podría decir que sólo cuando el Estado se hizo realmente poderoso pudo admitir la posibilidad de las manifestaciones de disenso. Sin embargo, cabe señalar que el respeto del Estado hacia el disenso no surgió como una mera dádiva de un poder con pretensiones absolutas sino de la lucha de los movimientos de ciudadanos y trabajadores que, en diversos momentos de la historia, reivindicaron sus *derechos* respecto del ente burocrático (o, en otras palabras, lucharon para que se les reconociera su propio poder social). Dichas reivindicaciones, manifestadas principalmente como reclamos de derechos fundamentales, podrían explicarse como el producto de una contradicción interna que tiene su origen en la misma creación del Estado. O más bien en su justificación ética. Y esta idea –por mucho que, a raíz del mismo decurso histórico, hoy se haya desdibujado, vaciándose de su contenido utópico- sirvió como horizonte de sentido de la organización estatal y como bandera de lucha de los diversos movimientos en pugna. Me refiero a las ideas de democracia y derechos fundamentales.

Así como hemos señalado más arriba que el trinomio protesta-desobediencia-resistencia provendría de un tronco común, en la tradición de la filosofía política se suele desconfiar del disenso, considerándolo, según dijimos, un primer paso en el camino hacia la rebelión, ya que todo disenso contiene dentro de sí la semilla de un orden distinto, de un orden nuevo. Esta creencia en un impulso que lleva sin cortapisas desde el disenso hasta la rebelión tiene cierto asidero en la historia humana, tal como ya puntualizamos. Sin embargo, son las dos extravagancias políticas mencionadas más arriba –la democracia y los derechos fundamentales- las que vienen a complejizar este lugar común. El encuentro entre ambas ideas, de hecho, no sólo implica un modelo de Estado que acepta la posibilidad del disenso, sino que coloca el disenso en el centro mismo de su configuración política. Sólo en un régimen democrático *el disenso se institucionaliza* y el vínculo absoluto entre protesta y rebelión principia a cortarse.

Ahora bien, antes de entrar en el problema jurídico del derecho a la protesta, que será analizado en los capítulos V y VI, es necesario que exploremos las razones de este temor hacia el disenso, expresado usualmente por quienes detentan cargos de autoridad, pero también por la mayoría de los filósofos de la política; temor que se puede observar con fuerza incluso hoy, en el marco de la moderna democracia constitucional. Para ello es necesario hacer una somera revisión de dos estrategias discursivas que fundamentan este

rechazo: la historia mítica de la rebelión y la justificación teológica de la obediencia.

1. La rebelión en la mitología

Más allá de las concretas rebeliones históricas, la rebelión tiene importancia por su alto contenido simbólico. Por eso lo primero que veremos es el problema de la rebelión desde las dos mitologías fundantes de nuestra cultura: la grecolatina y la judeocristiana.

En la primera de ellas el personaje central es Prometeo, el titán que – desobedeciendo las órdenes de Zeus- robó el fuego de los dioses y se lo entregó a los hombres. En represalia por dicha acción, Zeus condenó al titán a pasar el resto de su existencia encadenado al Cáucaso, mientras su hígado era devorado por las águilas. De acuerdo a la tradición grecolatina, en ese gesto de rebeldía se inicia la historia humana.

Por otro lado, la tradición judeocristiana nos dice que los primeros seres humanos en desafiar las órdenes de Yahvé fueron Adán y Eva, lo que implica que los primeros humanos ya habían desafiado las órdenes de Dios. Sin embargo, en esta tradición el acto de desobediencia está teñido por la idea del *pecado original*. En el mito griego el fuego es el principal catalizador del progreso humano, la única garantía de supervivencia de los hombres, quienes se encontraban arrojados en un mundo hostil, ya que eran los únicos seres

mortales que iban desnudos y descalzos, y no tenían cobertura ni armas¹²⁵. Para los hebreos, por el contrario, Adán y Eva ponen término al estado de bienaventuranza que se vivía en el Paraíso. Más que una rebelión consciente, más que una protesta contra Yahvé, lo que tenemos es una *caída*: la caída en la tentación aguijoneada por la serpiente, encarnación de Lucifer¹²⁶. La causa de esa caída es –notablemente– el consumo del fruto prohibido: el conocimiento del bien y del mal. Así, el conocimiento –la razón juzgadora– fuente de salvación para los griegos, aparece aquí como origen del mal en el mundo, porque con ella comienza también la mortalidad humana.

Esta visión es la que ha generado las dudas más lacerantes de los filósofos occidentales. Así, filósofos y teólogos se han cuestionado si la desobediencia de Adán y Eva no fue un simple efecto del libre albedrío. O si el castigo de la mortalidad no era más bien una parte esencial de la existencia humana¹²⁷. Por otro lado, se ha afirma que la desobediencia era inevitable, porque sólo mediante ella el hombre podía hacerse hombre, ya que sólo con la

¹²⁵ PLATÓN. *Protágoras*, 321d.

¹²⁶ Lucifer también encarna la rebelión, en cuanto “ángel caído”, pero sus particularidades míticas son producto de una tradición posterior, que tiene su eje en el *Paraíso perdido* de Milton.

¹²⁷ Sobre esto precisamente versó el famoso debate entre Agustín y Pelagio. El primero sostenía que, al contrariar a Dios, Adán se había hecho mortal (lo que terminó convirtiéndose en la doctrina oficial de la iglesia católica). El segundo declaraba, por el contrario, que pasara lo que pasara, Adán debía morir, ya que era parte de la naturaleza humana ser mortal y no un producto del pecado. Posteriormente, SPINOZA sostendría que si bien el pecado original produjo la muerte de Adán (es decir, su mortalidad) “no se puede decir que la voluntad de Adán fuera contraria a la voluntad de dios... Porque no sólo implicaría una gran imperfección en dios que algo ocurriera en contra de su voluntad... sino que también sería contrario a la naturaleza de la voluntad de dios. Pues dado que ésta no difiere en nada de su entendimiento, sería imposible que algo ocurriera tanto contra su voluntad como contra su entendimiento”. Véase: SPINOZA, Baruch. *Las cartas del mal*, Buenos Aires, Caja Negra, 2006, p.27.

expulsión del Paraíso comienza el periplo humano a través del mundo. En el decir de Erich Fromm: “Para los profetas, la *historia* es el lugar donde el hombre se vuelve humano; al irse desplegando la historia el hombre desarrolla sus capacidades de razón y de amor, hasta que crea una nueva armonía entre él, sus congéneres y la naturaleza”¹²⁸.

Pero la tradición predominante del cristianismo suele condenar sin ambages la mera posibilidad de la rebelión, incluso admitiendo que la historia no es sino su producto. El espíritu trágico de los griegos, en cambio, se identifica con el rebelde Prometeo, elevándolo incluso a la categoría de redentor del género humano, al mismo tiempo que concibe su atroz condena por parte de unos dioses que no sabían nada de la misericordia. A pesar de este terrible castigo, parece preferible esta segunda actitud: ni el hombre (hijo de ese acto insumiso que fue el robo del fuego divino) ni Prometeo son más viles por intentar rebelarse contra los dioses. El castigo es terrible, pero es pura exterioridad; no los afecta internamente.

Los griegos no consideran a Prometeo como un ser torcido o envilecido; incluso su soberbia les genera un extraño respeto. Así, cuando Hermes le saca en cara que su desgracia se debe a sus propios actos, el titán responde:

¹²⁸ FROMM, Erich. *Sobre la desobediencia y otros ensayos*, Buenos Aires, Paidós, 1984, p. 10.

"¡Y téntelo sabido: no mudaría yo mi infortunio por tu esclavitud. Es preferible estar cosido a esta roca que ser un fiel mensajero de Zeus! Así se torna ultraje por ultraje"¹²⁹.

No por nada Esquilo nos dice que Prometeo es hijo de Temis, diosa de la Justicia¹³⁰. Y es que el robo del fuego era la única forma de reparar la injusticia mayor que implicaba la terrible situación del género humano. Así, el castigo de Prometeo era para los griegos pura arbitrariedad; el titán, en cambio, era un agente de la Justicia. Lo trágico de la historia radica precisamente allí: la desobediencia no es impune, pero la pena tampoco está justificada. Sin embargo, al negarse a identificar la ley de Zeus con la Justicia, los griegos le otorgan al titán una postrera victoria: Prometeo podrá estar encadenado, pero las consecuencias de su acto justiciero lo perviven. No podemos olvidar que, en esta tradición, nosotros somos sus herederos.

2. La sicología del rebelde

A pesar del signo trágico que tiene la rebelión en la tradición occidental, lo cierto es que la historia humana podría considerarse como un amplio registro de rebeliones de los débiles contra los poderosos, o de conflictos entre los

¹²⁹ ESQUILO, *Prometeo encadenado*, en: *Las siete tragedias*, México, Editorial Porrúa, 2011, p. 106.

¹³⁰ Nótese en todo caso que HESÍODO dice que Prometeo es hijo de la oceánide Clímene, y otras tradiciones lo consideran hijo de Gea o de Asia. Lo relevante aquí es, por ende, la interpretación del mito que hace Esquilo, lo que Esquilo intenta decirnos con esta elección.

poderosos para obtener el control de la sociedad. Si esto es así, podemos intuir que esta historia sumamente conflictiva debe tener un asidero racional, o por lo menos psicológicamente comprensible. No por nada existen grandes tratados sobre el tema de la rebelión, se trate ya del problema jurídico, metafísico o del puramente político-histórico. Hagamos, pues, un breve contrapunto para entender las motivaciones de los actos de rebelión y por qué, a pesar de su condena religiosa y moral por parte de la tradición mayoritaria, sus manifestaciones persisten a través de los años.

Camus sostiene que en el núcleo de toda rebelión hay un gesto de rechazo. Para él un hombre rebelde es un hombre que dice que no. Pero el contenido de esa negación llevaría una afirmación implícita; esto es: la afirmación de la existencia de una frontera, de un límite que se ha sobrepasado¹³¹. El esclavo le dice a su amo que no podrá atravesar ese límite. ¿Pero qué es lo que ese límite resguarda? Para Camus, se trata de la sospecha en la existencia de una naturaleza humana¹³².

En realidad, lo que parece haber aquí es un despertar de la conciencia del esclavo. Nótese que este “despertar de la conciencia” tiene su correlato poético en la adquisición del secreto del fuego por parte de los primeros hombres, gracias a la rebelión de Prometeo. Ya que lo que diferenciaría a los

¹³¹ CAMUS, Albert. *El hombre rebelde*, Buenos Aires, Losada, 2007, p. 19.

¹³² *Ibíd.*, p. 22. Es necesario señalar, en todo caso, que la existencia de una naturaleza humana es un problema complejo; como dice Hannah ARENDT, si el hombre efectivamente tuviera una naturaleza sería imposible que ésta fuera definida por él mismo (de ahí –agregamos nosotros– que sólo pueda “sospechar” su existencia). Véase: ARENDT, Hannah. *La condición humana*, Op. Cit., pp. 24-25.

hombres de los animales es que nosotros “nos damos cuenta” de nosotros mismos (nos damos cuenta de nuestra posición en el mundo). De la misma manera, sólo a través de su desobediencia Adán y Eva lograrían hacerse autoconscientes; el primer momento de dicha autoconsciencia sería -en esta visión- cuando se dan cuenta de que están desnudos.

Desde una perspectiva hegeliana, recordemos que el esclavo era precisamente aquella autoconsciencia que privilegiaba en sí misma la vida antes que su propia autoconsciencia, perdiendo por ende su libertad. Invertiendo la ecuación parece claro que, en el instante de la rebelión, el esclavo vuelve a adquirir conciencia de sí, anteponiendo entonces la libertad a la vida¹³³. Al adquirir plena conciencia sobre su situación, el esclavo rechaza en sí mismo la condición de esclavo¹³⁴.

Estas consideraciones, por cierto, sólo pueden entenderse como una respuesta a cierta interpretación de la tradición aristotélica, que sostiene que existen hombres naturalmente inclinados a mandar y hombres naturalmente inclinados a obedecer. En esta visión el conflicto es siempre una ruptura del orden mítico y una aberración política. Por el contrario, la perspectiva moderna,

¹³³ “Solamente arriesgando la vida se mantiene la libertad, se prueba que la esencia de la autoconsciencia no es el *ser*, no es el modo *inmediato* como la conciencia de sí surge, ni es su hundirse en la expansión de la vida, sino que en ella no se da nada que no sea para ella un momento que tiende a desaparecer, que la autoconsciencia sólo es puro *ser para sí*. El individuo que no ha arriesgado la vida puede sin duda ser reconocido como *persona*, pero no ha alcanzado la verdad de este reconocimiento como autoconsciencia independiente”. Véase: HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del espíritu*, México, Fondo de Cultura Económica, 2009, p.116.

¹³⁴ “Ese impulso es casi siempre retroactivo. El esclavo, en el instante en que rechaza la orden humillante de su superior, rechaza al mismo tiempo el estado de esclavo”: CAMUS, Albert. Op. Cit., p. 21.

hegeliana, y también en cierta medida la postura de Hobbes, nos muestran una igualdad primigenia entre los hombres, lo que implica que la rebelión contra el poder establecido es una amenaza latente. De ahí que el impulso de rebelión, en cuanto “afirmación de sí”, pueda ser entendido como una parte integral de la experiencia humana.

La rebelión puede provenir también de un proceso de identificación con el otro: “la rebelión no nace solamente, y forzosamente, en el oprimido, sino que puede nacer también ante el espectáculo de la opresión de que otro es víctima”¹³⁵. Es de ese espectáculo que surge un primer atisbo de identificación con el otro, lo que viene acompañado de un sentimiento de *indignación*. Este es uno de los sentimientos más básicos de todo movimiento de rebelión o de protesta. Se trata de un sentimiento moral que no tiene su origen en ideales abstractos, sino en “realidades sensibles cuya efectiva precariedad hemos constatado”¹³⁶. Es decir, estamos frente a la experiencia sensible de la vulnerabilidad del otro. Por eso la indignación “más que reivindicar principios de justicia, manifiesta que son burladas las normas fundamentales del vivir común”¹³⁷.

¹³⁵ CAMUS, Albert. *Ibíd.*, p. 23.

¹³⁶ PIERRON, Jean-Philippe. “Filosofía: La ética de la indignación”, en: <http://www.revistacriterio.com.ar/nota-tapa/filosofia-la-etica-de-la-indignacion/> (citado el 18/06/2013, 1:27 horas)

¹³⁷ *Ibíd.* De ahí que el archiconocido manifiesto *Indígnate*, de Stéphane HESSEL, haga hincapié en la resistencia; se trata de una lógica defensiva frente a algún tipo de agresión. Por ejemplo, en la Europa actual se busca resistir frente a la inminente destrucción de un espacio común, representado por los principios del Estado social, pero no se persigue el reemplazo de este modelo por otro. Es decir, se trata de un movimiento reactivo o defensivo; se queda en el primer momento: en el “no” del cual hablaba CAMUS.

Finalmente, cabe señalar que la rebelión puede provenir de un proceso de identificación algo más complejo. Para que exista un proceso de identificación no es necesario que ella ocurra entre dos individuos similares, pertenecientes a una misma cultura. Tampoco es necesario que la indignación de la cual hablábamos arriba se relacione con la vulnerabilidad o la miseria. Por el contrario, puede existir un proceso de identificación que atraviese todas las categorías sociales, uniendo precisamente a aquellos que no estaban unidos; esto es lo que se conoce como un proceso de creación del sujeto político, un proceso de subjetivación. De hecho, sólo en un contexto como el indicado podremos hablar de una verdadera *solidaridad* con el otro, de una inclusión en un mismo grupo a pesar de la pertenencia a identidades diversas (o precisamente por ello). Este es el proceso que Rancière denomina como *identificación imposible*¹³⁸. Se trata de una identificación imposible porque no puede encarnarse realmente en aquellos que la enuncian. Así, en Mayo del 68', muchos jóvenes parisinos repetían la consigna: "Todos somos judíos alemanes", para significar su identificación con aquellos que habían sido radicalmente excluidos de la sociedad, con aquellos que no contaban en ella¹³⁹. Es la identificación de aquellos a quienes se les ha negado precisamente una identidad. Una identificación que genera, por ende, una reconfiguración del espacio social, reconfigurando también las identidades que existían previamente en él. Se trata de una figura que no se relaciona tanto con la

¹³⁸ RANCIÈRE, Jacques. *Política, policía, democracia*, Santiago, LOM, 2006, p. 22.

¹³⁹ *Ibíd.*

eliminación de la miseria, como con la conquista de la igualdad. Rancière ha querido ver un proceso de subjetivación como el indicado en la configuración de la figura del excluido, del marginado o del proletario. Aquí, como se podrá desprender de lo dicho, la psicología del rebelde va un poco más allá del sentimiento de indignación que lo embargaba en un primer momento: la rebelión llega a ser el corolario de un proceso complejo que enfrenta al rebelde con modelos diversos de sociedad o de mundo.

La protesta abarca -quizás de una manera mucho más tenue- estos tres procesos asociados a la rebelión. De esta manera, podemos ver en ella el auténtico despliegue de la conciencia de sí de los manifestantes, situación similar a la ejemplificada por Badiou cuando hablaba de una reconfiguración del espacio político, producido por los inmigrantes ilegales que "aparecieron" de pronto en dicho espacio (que antes les estaba simbólicamente vedado)¹⁴⁰. Asimismo, podemos entenderla como un proceso de identificación con el otro - de solidaridad-, un proceso donde un grupo reclama frente a la situación de otro grupo que no tiene la posibilidad concreta de ser escuchado. Así ocurre, por ejemplo, en las protestas en solidaridad por una nación que sufre las calamidades de la guerra o en las protestas que manifiestan la indignación popular ante la muerte de algún personaje político. Y, finalmente, tenemos el tercer proceso cuando la protesta ya no busca simplemente la denuncia de una injusticia concreta sino la apelación a la totalidad de la sociedad por una

¹⁴⁰ Véase supra: Capítulo I, párrafo 1.

injusticia estructural, que afecta a todos y que -por ende- sólo puede solucionarse pensando *desde* lo público. Aquí es donde se produce la identificación imposible entre la situación particular de los sujetos agraviados y la totalidad de la sociedad que se re-piensa a sí misma a partir de su (nueva) conciencia de los excluidos. Identificación que, sin embargo, seguirá siendo frágil, porque no se basa en una identidad o una homogeneidad previa, sino que se construye durante el mismo proceso de subjetivación. Cuando la protesta alcanza este punto, se puede sostener que llega a una fase de maduración que le otorga tintes revolucionarios.

3. Teología de la obediencia

Del gesto de rechazo que veíamos al principio, de la protesta articulada, se pasa a la desobediencia del esclavo respecto de las órdenes de su amo. El paso ulterior en este esquema simbólico es el enfrentamiento. Pero detengámonos en el punto intermedio, en la desobediencia. Más adelante veremos que la posibilidad de desobedecer a las autoridades estatales en determinadas situaciones calificadas es la conclusión lógica del reconocimiento de la protesta como derecho fundamental. Ahora es necesario que repasemos cómo la idea de una desobediencia legítima de las leyes y órdenes estatales ha ido adquiriendo en los últimos años preponderancia frente al dogma de la obediencia ciega. Esta preponderancia, sin embargo, no deja de ser problemática, ya que se enfrenta a una tradición milenaria de rechazo frente a

cualquier atisbo de rebelión, desobediencia o desorden. Por ello es preciso que veamos en primer lugar cuáles han sido históricamente las justificaciones filosóficas y dogmáticas de la obediencia.

Según hemos visto, la cultura occidental se solaza en presentarnos la paradoja de una desobediencia envilecida, fuente tanto del mal como del bien; fuente creadora de la cultura, al mismo tiempo que potencial de autodestrucción. Los conceptos de desobediencia y rebelión son, entonces, sinónimos.

Lo cierto es que, por mucho que la figura de los rebeldes sea usualmente exaltada por la memoria de los pueblos, lo ordinario, lo común –lo cotidiano- es la obediencia. Pues la desobediencia se asimila –ya dijimos- al pecado original, o, en el aspecto negativo del mito griego, a la caja de Pandora, que desencadena los males del mundo.

Está claro que, para que un sistema político funcione, debe haber un grado considerable de obediencia y respeto a sus leyes. Sin embargo, y sobre todo a la luz de las desastrosas experiencias del siglo XX, podríamos decir que al promover la obediencia ciega hemos llegado a convertir dicho valor en una especie de fetiche, que a su vez ha entumecido la capacidad de razonamiento moral de las personas. En este sentido podemos afirmar que no es baladí que Adolf Eichmann haya citado a Kant –el filósofo del deber- como su inspiración filosófica.

Hannah Arendt sostuvo en su famoso ensayo sobre Eichmann que el criminal nazi había malinterpretado la doctrina kantiana, ya que “la filosofía de la moral de Kant está tan estrechamente unida a la facultad humana de juzgar que elimina en absoluto la obediencia ciega”¹⁴¹. Según la filósofa, un análisis meticuloso del imperativo categórico debería llevar a constatar cuán alejado está ese modelo de la obediencia irreflexiva a un derecho criminal como el derecho nazi. En efecto, Eichmann parece ignorar todo lo concerniente a la segunda parte del imperativo categórico, que implicaba tratar a las personas como fines y no como medios. Sin embargo, en lo relativo a la doctrina kantiana del derecho, no existe ni el más mínimo espacio para la excepción a la letra de la ley, ni menos para la resistencia a la misma (o al poder que la sustenta).

Un ejemplo de lo primero es su negativa a conceder que se pueda recurrir en su sistema a la equidad (define a la equidad como algo que opera *fuera* del sistema de derecho¹⁴²). Respecto de lo segundo, para Kant el origen del poder es *siempre* inescrutable (en el sentido de que no puede ser cuestionado) y por lo tanto no tiene sentido preguntarse por la ilegitimidad de origen del ordenamiento jurídico¹⁴³. Con esto quería restarle valor a los

¹⁴¹ ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén*, Barcelona, Lumen, 2003, p. 83

¹⁴² KANT, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*, México, UNAM, 1968, pp. 37-38. Para el filósofo la equidad es una “divinidad muda, cuya voz no puede ser escuchada”. Más adelante asevera: “El lema (*dictum*) de la equidad es, pues: “El derecho muy estricto es una injusticia muy grande”. (*Summum jus summa injuria*). Pero este mal no puede corregirse por medio del derecho, por más que se refiere a una cuestión de derecho, porque la reclamación que se funda en la equidad no tiene fuerza más que en el tribunal de la conciencia (*forum coeli*), al paso que la cuestión de derecho se discute en el tribunal civil (*forum soli s. civile*)”.

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 149.

argumentos de quienes buscaban la encarnación de los principios del Estado moderno en un pacto social concreto, históricamente constituido. Sin embargo, para afirmar categóricamente este verdadero velo de la ignorancia respecto del origen del poder estatal, el filósofo se vio obligado a configurar la ley de la autoridad como absoluta:

"Una ley que es tan santa (inviolable) que aun es un crimen en la práctica ponerla en duda, y por consiguiente impedir su efecto por un solo instante, es concebida de tal suerte que no debe ser mirada como procedente de los hombres, sino de algún legislador muy grande, muy íntegro y muy santo; y tal es el sentido de la máxima: "Toda autoridad viene de Dios"; máxima que enuncia no ya un *principio* histórico de la constitución civil, sino una *idea* como principio de la razón práctica, a saber: que es menester obedecer al poder legislativo actual, sea cualquiera su origen"¹⁴⁴.

Por otro lado, para que tengan efectividad, los actos del poder ejecutivo deben ser considerados como *irresistibles* (idea que se puede constatar en la máxima inglesa: "the King can do no wrong": el soberano no puede equivocarse). Es decir, los ciudadanos deben soportar pasivamente el abuso del monarca, ya que si este supeditara sus actos a la aprobación ciudadana no sería ya el soberano (y, de paso, el gobierno se paralizaría). Incluso en casos

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 150.

de contradicción con el derecho, es decir, en casos de flagrante abuso de su poder por parte de quien detente el poder soberano, Kant desdeña cualquier intento de justificación del regicidio o del tiranicidio.

Más aún, tampoco tiene mucho sentido preguntarse por la ilegitimidad en el ejercicio del poder legislativo, porque el derecho no puede concebir la resistencia a su propio poder. Esto quiere decir que si hay abuso de los legisladores –por ejemplo, a través de la promulgación de leyes injustas- los súbditos deberán obedecer pasivamente: “La razón del deber, en que está el pueblo de soportar hasta el abuso del poder soberano declarado insoportable, consiste en que la sublevación contra el poder legislativo soberano debe siempre ser considerada como contraria a la ley, y aun como subversiva de toda constitución legal”¹⁴⁵.

Por supuesto, no sería justo achacar a la doctrina kantiana del derecho la obediencia irreflexiva de la generalidad de la población alemana al derecho nazi (es un debate que, por cierto, también suscitó en su momento la teoría pura del derecho de Kelsen). Sin embargo, la interpretación de Eichmann –a pesar de que a primera vista puede parecer absurda- dista de ser inocente. Y esto por dos razones. La primera tiene que ver con la teoría de la *soberanía* del Estado-nación moderno, noción que se encuentra en el centro de la doctrina del derecho de Kant.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 152.

Muchos autores han afirmado que este concepto contradice los presupuestos éticos del mismo Estado de Derecho, específicamente el concepto de derechos fundamentales¹⁴⁶. En efecto, por mucho que se intente restringir esta soberanía por consideraciones morales, lo cierto es que ella sigue siendo –en su origen- aquel poder que no está subordinado a otro y que no reconoce a otro poder superior. Esto es evidente en todas las teorías del Estado moderno y se ve de manera muy explícita en la teoría kantiana. Para Kant, si una ley permitiera el derecho de resistencia estaríamos frente a una contradicción en los términos, porque se le negaría a la autoridad la calidad de soberana, es decir *absoluta*, y el pueblo –al ejercer ese derecho de resistencia- “se constituiría él mismo en soberano de aquel a quien está sometido”¹⁴⁷.

La segunda razón tiene que ver más concretamente con ciertos aspectos de la doctrina kantiana que se traslucen también en otras doctrinas jurídicas de la época. La doctrina kantiana del derecho no concibe ninguna forma de desobedecer la ley positiva *desde* el derecho mismo. Esto no excluye de manera absoluta la posibilidad de la revolución, de la resistencia o la desobediencia (el hecho de que prescriba la obediencia a la revolución vencedora indica –a contrario sensu- que sí las considera) pero arroja estas conductas fuera del ámbito jurídico. En otros términos, se reduce el derecho a

¹⁴⁶ Por todos: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 125 y ss.

¹⁴⁷ KANT, Immanuel. Op. Cit., p. 152.

la mera legalidad, operación típica del positivismo jurídico clásico y que se encuentra en la base de casi todas las concepciones jurídicas del siglo XIX.

Esta operación, de la que Kant no es –ciertamente- el único representante, fue notablemente descrita por Max Weber como uno de los rasgos esenciales del Estado parlamentario europeo (y no sólo del alemán), Estado cuya legitimidad llegaría a identificarse con la legalidad¹⁴⁸. Esto implicaba, por un lado, una racionalización del proceso de toma de decisiones del ente burocrático, pero al mismo tiempo generaba una desvinculación entre los objetivos utópicos de la democracia y su aplicación práctica, puesto que, recurriendo a la pura legalidad, la democracia podía vaciarse de contenido y derrocarse a sí misma.

Esta evidente aporía del Estado democrático moderno fue duramente criticada por Carl Schmitt:

"La pretensión de legalidad convierte en "ilegalidad" toda resistencia y toda revuelta contra la injusticia y la antijuricidad. Si la mayoría puede fijar a su arbitrio la legalidad y la ilegalidad, también puede declarar ilegales a sus adversarios políticos internos, es decir, puede declararlos *hors-la-loi*, excluyéndolos así de la homogeneidad democrática del pueblo"¹⁴⁹.

¹⁴⁸ WEBER, Max. *El político y el científico*, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2008, pp. 13-14.

¹⁴⁹ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, en: ORESTES AGUILAR, Héctor (prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 281. Cabe mencionar que el libro de SCHMITT fue publicado originalmente en 1932.

Esto fue precisamente lo que hizo el nazismo en Alemania, sirviéndose de los instrumentos que el mismo Estado de Derecho les otorgaba.

En todo caso, la idea de una obediencia absoluta a la autoridad política no es una creación kantiana, sino que responde a una cultura jurídica profundamente arraigada en Occidente (y no solamente en Alemania). En efecto, cuando Kant se refiere a nuestra imposibilidad de escrutar (cuestionar) el origen del poder político, pone hincapié en el hecho de que toda autoridad viene de Dios. Ciertamente la afirmación del origen divino del derecho y del poder político es un lugar común en la tradición judeocristiana. Pero nótese que Kant dice que *toda* autoridad viene de Dios, lo que es muy distinto al aserto escolástico que dice que Dios le otorgó su poder a la comunidad política como un todo y que ella delegó dicho poder en las diversas autoridades (idea fundamental para entender las tesis contractualistas). La idea de que *toda* autoridad viene de Dios (y no sólo la autoridad legítimamente delegada por la comunidad política) está arraigada en el pensamiento de los primeros protestantes, especialmente en Lutero¹⁵⁰.

Sin embargo, no se trata de una idea interpolada por los reformistas en el corpus del pensamiento católico, sino más bien la *renovación* –el retorno a los orígenes- del pensamiento cristiano acerca de la obligación política. Esta idea

¹⁵⁰ SKINNER, Quentin. *Fundamentos del pensamiento político moderno: II. La reforma*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 22-24, 74-75. Incluso se ha querido ver una correlación entre la Reforma protestante y el surgimiento de las monarquías absolutas. El historiador John Figgis llegaría a decir: “Si no hubiese habido un Lutero, nunca habría podido haber un Luis XIV”. Citado en *Ibíd.*, p. 119.

de la obligación política como absoluta proviene del mismísimo Pablo de Tarso: “Todos han de estar sometidos a las autoridades superiores, pues no hay autoridad sino bajo Dios; y las que hay, por Dios han sido establecidas, de suerte que quien resiste a la autoridad, resiste a la disposición de Dios” (Romanos, 13:1-3).

En un sentido simple, ello implica que no podemos cuestionarnos el origen de la autoridad, así como no nos cuestionamos la autoridad de Dios sobre el hombre. Pero también quiere decir que quien desobedece a la autoridad, es como si desobedeciera a Dios mismo.

Ahora bien, ¿qué pasa si las autoridades se equivocan y promulgan leyes injustas o nos ordenan cometer actos malvados según la ley de Dios? Aquí el asunto se torna complejo. En el pensamiento católico se había pasado del rigorismo de Pablo –quien ensalzaba por sobre todo la obediencia a las autoridades seculares- a un modelo dualista del derecho, donde por un lado estaba la ley natural y por el otro la ley positiva. La idea de ley natural tiene como primer antecedente histórico el derecho de gentes (*ius gentium*) del Imperio Romano, pero las consecuencias que se derivan de ella tienen su arraigo bíblico en una frase de Pedro, quien justifica la rebeldía de los primeros cristianos con la conocida frase: “es necesario obedecer a Dios antes que a los hombres” (Hechos, 5:29).

Este pensamiento se conjugaba también con otro problema medieval: el problema de la supremacía del orden espiritual respecto del orden temporal. La

respuesta mayoritaria de la iglesia católica está contenida en la doctrina de las dos espadas. Mediante ella, los argumentos pro-eclesiásticos tendían a derivar en la afirmación de una eventual resistencia contra las autoridades seculares que contravinieran a Roma.

Las ideas políticas de Lutero surgen como reacción al pensamiento escolástico, intentando conectarse nuevamente con el pensamiento de los Padres de la Iglesia. Recordemos que otra de sus ideas fundamentales radicaba en una interpretación radical de la doctrina agustiniana que, a diferencia de las corrientes humanistas, veía al hombre como un ser esencialmente corrompido. Esta visión pesimista del hombre alejaba a Agustín de la doctrina –desarrollada con posterioridad- de la salvación por medio de las obras. Exagerando la visión de Agustín, Lutero minimizó la idea de libertad, señalando que el hombre era de por sí indigno para acceder a la salvación, por lo que sólo podría salvarlo la *gracia* de Dios, que a su vez correspondía sólo a los predestinados por el plan divino.

Esto que ocurre en el plano estrictamente individual tiene un correlato en la respuesta que da Lutero a la cuestión de la obediencia. Sopesando ambos principios –el de Pablo y el de Pedro; la idea de que toda autoridad viene de Dios, versus la idea de que se debe obediencia a la ley divina por sobre la ley positiva- llega a la conclusión de que se puede salvar la contradicción separando la obediencia a las leyes de la resistencia a las autoridades. Así, afirma que existe ante todo un principio de obediencia a las autoridades

seculares. Con esto intenta contrarrestar la doctrina de las dos espadas. El súbdito debe seguir al príncipe antes que al Papa, sin importar el origen de su poder (sin cuestionarse su legitimidad). Sin embargo, el súbdito - individualmente considerado- no está obligado a obedecer la ley que contravenga el mandato divino. Por el contrario, tiene el deber moral de *desobedecer* dicha ley: "Si entonces tu príncipe o señor temporal te ordena apoyar al Papa, o creer esto o aquello, o te ordena renunciar a ciertos libros, debes decirle: no le corresponde a Lucifer sentarse al lado de Dios"¹⁵¹. Pero al mismo tiempo que afirma la posibilidad de la desobediencia, enfatiza que bajo ninguna circunstancia el súbdito puede resistir la ley o a la autoridad que la promulga (por mucho que la orden provenga de un tirano). Así, en caso de que dicha desobediencia provoque el castigo de la autoridad, el súbdito tiene el *deber* de someterse: "Si te quita por ello los bienes y castiga tu desobediencia, bendito seas. Da gracias a Dios de que seas digno de sufrir por la palabra divina"¹⁵². Y esto es así porque –al no existir la libertad humana- se entiende que todo lo que hacen los hombres es, en realidad, producto de la voluntad de Dios. Es Dios quien –mediante la intervención del tirano- está castigando al pueblo, ya sea para probar su fe, ya sea para castigarlo por sus pecados. Así, en caso de opresión, el pueblo termina siendo culpable de su propio infortunio.

¹⁵¹ LUTHER, Martin. "Secular authority: to what extent it should be obeyed" (1523), disponible en línea: <http://ollc.org/wp-content/uploads/2013/11/Secular-Authority-To-What-Extent-It-Should-Be-Obeyed.pdf> (la traducción es mía).

¹⁵² *Ibid.*

La rebelión sería así el máximo pecado: rebelarse contra el tirano implicaría contrariar los designios de Dios¹⁵³.

Pero que Lutero niegue el derecho de rebelión mientras que algunas corrientes del pensamiento católico-humanista lo afirmen, no quiere decir necesariamente que estos últimos conciban en términos más amplios el problema jurídico que nos atañe. Está claro que los católicos tampoco se cuestionan hasta sus últimas consecuencias el problema de la obediencia: ellos simplemente reemplazan la obediencia al derecho positivo por la obediencia al derecho natural. En cualquier caso, el sujeto de derecho está obedeciendo a un “otro”.

Es el problema –típicamente moderno- de la autonomía versus la heteronomía. La primera idea supone un sistema de normas definido por sus mismos destinatarios. Ellos se “dan” a sí mismos esas normas particulares. La segunda noción supone, por el contrario, que las normas son impuestas por una voluntad ajena a los destinatarios. Esto conlleva que los sistemas heterónomos generalmente vengán acompañados de medidas de coacción para asegurar el cumplimiento de sus normas. La moral sería entonces autónoma, mientras que el derecho sería heterónimo.

Sin embargo, este esquema básico debe ser problematizado. La idea de una moral autónoma es propia del paradigma kantiano, a través del cual se

¹⁵³ Para un análisis detallado de la doctrina luterana, véase: SKINNER, Quentin. Op. Cit., pp. 24-26. Cfr.: CARVAJAL, Patricio. Op. Cit., pp. 79-80, quien opone doctrinas sobre la obligación política del luteranismo y del calvinismo.

busca subvertir lo que tradicionalmente se había concebido como “moral”. En realidad, los códigos normativos que se suelen denominar “sistemas morales”, como la moral católica, distan bastante de cumplir con este requisito. Así, la moral católica “y, en general, cualquier moral fundada sobre una fuente divina a través de las jerarquías eclesiásticas es por su propia naturaleza una norma heterónoma”¹⁵⁴. Y esto es así porque se trata siempre de una moral o de un derecho que provienen *desde afuera* del individuo o de la sociedad; es un derecho “dado”, revelación de la palabra divina antes que creación o deliberación de una comunidad de creyentes. Es más, podríamos añadir que, cuando se incorpora al derecho una raíz divina, la moral y el derecho suelen confundirse.

Por eso podría aventurarse que prácticamente toda la teología judeocristiana tiene un problema fundamental con la desobediencia. Y es que la desobediencia implica afirmar necesariamente que los individuos son *autónomos*, que son capaces de acatar las normas que ellos mismos se han dado y, por ende, que son capaces de cuestionarse el orden político. En otras palabras, que precisamente en virtud de su autonomía pueden *escrutar* el origen del poder. Cuestionarse este orden o el origen del poder establecido es el primer paso para poner en crisis aquellas normas comunes que –se supone– se despliegan como límites, salvaguardas de la acción de la comunidad. De ahí a cuestionarse el plan de Dios hay un solo paso; por eso la mayoría de los

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, p. 139.

credos enseñan valores como la pasividad, la mansedumbre, la resignación y la obediencia.

Podríamos decir que, para asegurar el respeto al orden establecido, la religión ha fijado un alto precio a la desobediencia: el desafío a la divinidad. Divinidad que en el régimen monoteísta se confunde con la totalidad del mundo y, por ende, con la existencia humana. Así, todo acto de desobediencia enfrentaría al hombre consigo mismo y, en definitiva, con la creación entera.

Por contraste, y volviendo un poco al comienzo de esta reflexión -al mito de Prometeo-, recordemos que en dicho relato el titán “no se alza contra la creación entera, sino contra Zeus, que no es nunca sino uno de los dioses y cuyos días están medidos (...). Se trata de un arreglo de cuentas particular, de una disputa sobre el bien, y no de una lucha universal entre el mal y el bien”¹⁵⁵. Esto quiere decir que para los griegos todavía era posible enfrentarse respecto del significado de la justicia sin tener que afirmar –de paso- que la creación entera era un sinsentido. Y es que allí la rebelión siempre era *parcial*; la fidelidad al mundo y a la vida seguía estando asegurada, a pesar de los incesantes cuestionamientos del hombre.

En definitiva, la desobediencia, la resistencia y la rebelión están relacionadas con la capacidad de los individuos de someter a crítica y cuestionar el sistema político al que pertenecen. Para quienes detentan el poder ésta es siempre una posibilidad aterradora, porque abre la puerta a

¹⁵⁵ CAMUS, Albert. Op. Cit., p.35.

cuestionamientos aún más radicales (el cuestionamiento abre, como en el mito, la caja de Pandora que disemina los males del mundo). Pero en un sistema altamente mecanizado como en el que vivimos, en sistemas políticos tan automatizados como el nuestro, tanto el mito positivista de la obediencia a la ley *sólo* porque es la ley o la justificación paulista de la obediencia a la autoridad, pueden convertirse en fuente de justificación para individuos como Eichmann.

4. Autonomía y heteronomía; autoridad pura y autoritarismo

Decíamos antes que la obediencia es cotidiana. Esto fue lo que comprobó –no sin cierto asombro- el científico del comportamiento Stanley Milgram en la década de los sesenta. Basándose en la conocida tesis de Arendt respecto a la *banalidad del mal* –la idea de que sujetos como Eichmann no son monstruos sino simplemente individuos comunes y corrientes que han perdido la capacidad de razonamiento- el científico realizó un experimento para comprobar cuán extendida era dicha incapacidad para razonar y para desobedecer en una población determinada. Para ello convocó a estudiantes de la Universidad de Yale, aunque posteriormente el experimento fue replicado con sujetos provenientes de otros sectores sociales, e incluso de otros países, siempre con resultados muy parecidos a la experiencia original.

El experimento consistía en un “alumno” que se sometía a un test de conocimiento, mientras un “profesor” controlaba la corrección de sus respuestas, aplicándole corriente eléctrica cada vez que se equivocaba. Sin

embargo, el “profesor” no sabía que en realidad el objeto de la experiencia era él mismo, y que el “alumno” era en realidad un actor contratado para imitar el dolor y las convulsiones de una persona sometida a descargas eléctricas. El “profesor” tenía que ir aplicando la electricidad de forma progresiva, hasta llegar a los 450 voltios. A su lado estaba el experimentador, quien estaba ahí para ordenarle al “profesor” que fuera incrementando paulatinamente el monto de las descargas.

El resultado fue aterrador: aproximadamente un 60% de los profesores llegó a aplicar el máximo de descargas (450 voltios), a pesar de los gritos y súplicas del “alumno” sometido al test. Como se dijo antes, esta experiencia fue replicada posteriormente en otros países y con sujetos más heterogéneos, pero el grado de obediencia “resultó siempre algo mayor” que la investigación original¹⁵⁶.

La primera respuesta de los científicos fue suponer que el resultado fue producto de los instintos agresivos del hombre. El experimento le habría otorgado legitimidad social a esos instintos, permitiendo que se manifestaran con total libertad.

Por eso, el siguiente experimento consistió en darle a escoger a los “profesores” el nivel de descarga que podían aplicar. Aquí, el resultado fue inequívoco: la gran mayoría no superó los 75 voltios. Esto quiere decir que las personas comunes no tienen una predisposición para torturar o maltratar al

¹⁵⁶ MILGRAM, Stanley. *Los peligros de la obediencia* en: Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, Vol. 4, N° 11, Santiago, 2005.

prójimo y que, teniendo la libertad para elegir, difícilmente optarán por perpetrar dichos actos. Al mismo tiempo, el resultado implica que no es necesario ser un sádico para aplicar tortura siguiendo las órdenes de otro. Como dice el mismo Milgram: “la persona ordinaria que sometía a descargas eléctricas a su víctima lo hacía por un sentido de obligación... y no por una peculiar tendencia agresiva”¹⁵⁷. Por ende, añade el científico, “al desempeñar sencillamente un oficio, sin hostilidad especial de su parte, el hombre común puede convertirse en agente de un proceso terriblemente destructor”¹⁵⁸.

¿Por qué ocurre esto? Ya dijimos que todo sistema político requiere de un alto nivel de obediencia. La obediencia a los valores comunitarios impide que la sociedad se desintegre. Al mismo tiempo, le otorga un alto nivel de efectividad a los proyectos y emprendimientos de dicha sociedad. Así, la obediencia hace que ésta funcione como una máquina bien aceiteada, donde cada parte de ella cumple su función de manera eficiente.

Pero la obediencia no sólo nos asegura la prevalencia de esos valores de la comunidad que consideramos esenciales e irrenunciables, sino que también tiene un componente de *certeza*: otorga predictibilidad a los asuntos humanos. Si un jefe de un ministerio redacta un instructivo para un determinado departamento debe tener certeza de que aquel instructivo será acatado sin mayores cuestionamientos.

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ *Ibíd.*

Lo destacable del estudio de Milgram radica en que sugiere que la obediencia también ejerce un gran atractivo sobre el sujeto que debe acatar las órdenes de la autoridad, ya que le permite rehuir su propia responsabilidad en los actos que realice. Según Milgram lo esencial de la obediencia está en el considerarse “instrumento” de los deseos de otro. En virtud de esta variación en la perspectiva,

"la persona se considera responsable ante la autoridad que la dirige, pero no del contenido de los actos que le ordenan ejecutar. No desaparece la moralidad, sino que toma un foco radicalmente diferente: la persona subordinada siente orgullo o vergüenza, según haya desempeñado bien o mal el cometido que le encargó la autoridad"¹⁵⁹.

Convertirse en instrumento significa en último término renunciar a nuestra libertad. Ahora bien, ¿por qué alguien estaría dispuesto a enajenar su libertad? Erich Fromm afirma que esto se debe a una profunda necesidad de protección. Poco importa si debemos obedecer a un poder justo o injusto, democrático o despótico. Lo relevante es la sensación de seguridad que el acto de obediencia nos provee:

"Mi obediencia me hace participar del poder que reverencio, y por ello me siento fuerte. No puedo cometer errores, pues ese poder decide por mí; no puedo estar solo, porque él me vigila; no puedo cometer pecados,

¹⁵⁹ *Ibíd.*

porque él no me permite hacerlo, y aunque los cometa, el castigo es sólo el modo de volver al poder omnímodo"¹⁶⁰.

Desde un punto de vista jurídico, volvemos a la distinción planteada más arriba entre autonomía y heteronomía. Obedecer a las normas que nosotros mismos nos hemos dado implica un acto de autonomía. Cada vez que la decisión –la orden- proviene desde afuera, cada vez que la norma nos es impuesta por una voluntad ajena a la nuestra, se trata del acatamiento a un sistema heterónimo. No es necesario que creamos realmente en la justicia de este segundo sistema de normas; lo importante es que les demos cumplimiento. El lema del paradigma de Estado en vías de ilustración era, para Kant: “¡Razonad todo lo que queráis y sobre lo que queráis, pero obedeced!”¹⁶¹.

Se supone que, atendiendo el sentido preciso de los conceptos, el derecho es heterónimo y la moral es autónoma. En realidad, si bien es cierto que todo sistema de derecho, por traer consigo una amenaza de coacción, tiene un componente heterónimo, el régimen de la democracia presupone que las normas sociales son creadas –tras un proceso de deliberación- por los mismos ciudadanos, lo que implica una gran dosis de autonomía en el ámbito de la política. En el caso de la democracia la coacción está encaminada precisamente a proteger esa autonomía, evitando que una facción o un pequeño grupo pretendidamente “superior” le imponga su voluntad al resto (en

¹⁶⁰ FROMM, Erich. Op. Cit., p. 15.

¹⁶¹ KANT, Immanuel. *¿Qué es Ilustración?*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988, p. 17.

la práctica, en todo caso, la democracia moderna difícilmente cumple con los estándares mínimos que requiere la práctica de la autonomía). Sin ir muy lejos, Kelsen argumenta que uno de los instintos que convergen en la propuesta democrática moderna radica precisamente en el rechazo a la heteronomía y la consiguiente reivindicación de la autonomía de las personas. La democracia buscaría ampliar dicha autonomía (la idea de verse reflejado en las normas colectivas) a la mayor cantidad de personas posibles¹⁶².

En un repaso de las ideas kelsenianas, Bobbio señala que, en la visión de Kelsen, la distinción entre autocracia y democracia estaría basada precisamente

"en la observación de que el poder o asciende de abajo hacia arriba o desciende de arriba hacia abajo. Para justificarla, Kelsen utiliza la distinción entre autonomía y heteronomía: son democráticas las formas de gobierno en las que las leyes son hechas por aquellos a quienes se dirigen (y precisamente son normas autónomas), son autocráticas las formas de gobierno en las cuales quienes hacen las leyes son diferentes de aquellos a los que están destinadas (y son precisamente normas heterónomas)"¹⁶³.

¹⁶² KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Editorial Labor, 1934, pp. 15-16.

¹⁶³ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad...*, Op. Cit., p. 194.

Se entiende, por tanto, que la autonomía es una idea reciente. Si bien los antiguos griegos conocieron esta idea en el espacio público, el resto de los espacios sociales se regía por una estricta heteronomía. Se acataban las normas de la costumbre inmemorial, lo que era reforzado por una autoridad absolutamente jerárquica que regía tanto la familia como la economía doméstica.

Precisamente este segundo aspecto del problema de la obediencia –el problema de la *autoridad*- nos permitirá arrojar luz sobre los resultados del experimento de Milgram. Para April Carter, “lo que normalmente entendemos como “estar en autoridad” implica dos tipos diversos de relaciones: una autoridad pura, que pueda evocar un acatamiento voluntario, y un poder de mandar y reforzar la obediencia”¹⁶⁴.

Mucho se ha discutido sobre si existen en realidad dos tipos de autoridad; para esta autora el núcleo central de la idea de autoridad consiste en el acatamiento voluntario, pensamiento que se ve reforzado por la distinción clásica entre *auctoritas* y *potestas*. Recordemos que en la república romana el Senado tenía la *auctoritas* pero no la *potestas*; ésta última –al igual que el *imperium*- derivaban del pueblo. De acuerdo a Schmitt, la primera consiste en el “prestigio esencialmente basado en el elemento de la continuidad y contiene referencia a la tradición y permanencia”¹⁶⁵, mientras que *potestas* sería

¹⁶⁴ CARTER, April. *Autoridad y democracia*, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1980, p. 16.

¹⁶⁵ SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*, Madrid, Alianza, 2001, p. 93

básicamente la capacidad de actuar e imponer una decisión de manera soberana. Para Arendt, la autoridad se caracteriza por el “indiscutible reconocimiento por aquellos a quienes se les pide obedecer”, por lo que no precisaría “ni de la coacción ni de la persuasión”¹⁶⁶.

Por nuestra parte podríamos agregar que se suele decir que una autoridad es aquella persona que “sabe”: la que es obedecida por su conocimiento especial sobre determinada materia. En el fondo, la autoridad sería el “título” del poder, dado por un reconocimiento de superioridad y no por la posibilidad de recurrir a la fuerza. Sin embargo, todos sabemos que el término “autoridad” también se utiliza para significar lo segundo. Es más: en la práctica generalmente aquellos que están investidos de autoridad también lo están de imperio y por ende tienen la fuerza necesaria para *exigir* obediencia.

El concepto ideal de autoridad es la autoridad pura de Carter. A medida que nos alejamos de ese ideal, va cobrando más importancia la fuerza y menos la voluntariedad de la obediencia que ella genera. Carter quiere decirnos con esto que la idea de una autoridad estrictamente coercitiva es un contrasentido. Ella misma aclara la cuestión más adelante cuando diferencia la obediencia voluntaria de la involuntaria:

"La obediencia es claramente involuntaria cuando resulta de una sumisión no querida a la coerción física, a las amenazas o a la fuerza.

Por consiguiente la obediencia otorgada a los superiores en la sociedad

¹⁶⁶ ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia*, Madrid, Alianza, 2005, p. 62.

aristocrática o en una organización burocrática basada en el temor a las sanciones no es voluntaria, aun cuando el derecho a mandar sea totalmente reconocido"¹⁶⁷.

A pesar de que coincidimos con la autora en cuanto a que, más que dos conceptos de autoridad distintos u opuestos entre sí, lo que tenemos son dos manifestaciones de un mismo fenómeno, para simplificar utilizaremos la idea de *autoridad jerárquica* para referirnos a la autoridad que minimiza el aspecto voluntario y privilegia el aspecto coercitivo.

Si ponemos frente a frente el par autoridad pura/autoridad jerárquica con el par autonomía/heteronomía, podemos decir que el ideal democrático coincide plenamente con el cruce entre la autoridad pura y la autonomía, ya que ambos conceptos se sustentan en la idea de voluntariedad. En cambio, los sistemas heterónomos responden más bien al concepto de autoridad jerárquica, porque ponen mayor énfasis en el tema de la imposición de un parecer ajeno: imposición que sólo se puede lograr -en último término- mediante el uso de la fuerza¹⁶⁸.

A la luz de estas definiciones, podemos concluir que los sistemas políticos que se consolidaron en el siglo XX no se rigieron verdaderamente por el ideal de la voluntariedad política (autoridad pura/autonomía). Es cierto, sin

¹⁶⁷ CARTER, April. Op. Cit., p. 26.

¹⁶⁸ Ojo que en el primer cruce la sintonía de los conceptos es absoluta; en el segundo no lo es, ya que pueden existir excepciones a la regla general: así, yo puedo obedecer un orden completamente heterónimo por la pura voluntad de cumplir con mi deber.

embargo, que existen ámbitos donde se ha producido una apertura democrática. También es cierto que el concepto de autoridad se ha ido trasladando desde la concepción jerárquica paulatinamente, y en diversos ámbitos, hasta la concepción pura. Sin embargo, esto no quita que uno de los procesos históricos más relevantes del siglo XX –y también de nuestro siglo– sea la consolidación de la burocracia: un injerto absolutista ubicado en el centro mismo del Estado democrático (y podríamos aventurar: un injerto absolutamente necesario para la supervivencia de dicha forma estatal). Y es que el poder burocrático se caracteriza por seguir atado a un modelo de autoridad jerárquica. Por otro lado, se trata de un poder que funciona en base a un sistema normativo totalmente distinto al propugnado por el ideal democrático. Su sistema normativo no es político ni moral: es *técnico*. En virtud de esta autocomprensión del poder burocrático, las decisiones que toman sus operadores quedan, por regla general, sustraídas del escrutinio público. Funcionando a la vez por sobre y por debajo del despliegue de los discursos políticos y morales. Es decir, las normas que la burocracia estatal genera tendrían un carácter abiertamente heterónimo.

Si esto es así resulta evidente que la democracia se ve limitada *desde afuera* por un corpus normativo que ella no puede controlar ni modificar, un corpus que se impone como un espacio sagrado parecido al que propugnan algunos autores respecto de los derechos fundamentales como coto vedado o esfera de lo indecible, pero con la salvedad de que se trata de un espacio

activo y no pasivo, un poder con todas sus letras que no le reclama ni le exige al Estado, porque es el Estado.

Aquí vuelve a tener relevancia lo sostenido por Schmitt:

"cuando la legalidad normativista de un Estado legislativo parlamentario se transforma en un funcionalismo vacío que se limita a registrar las resoluciones de la mayoría, cualesquiera que éstas sean, puede acoplarse al funcionalismo impersonal de la aspiración burocrática a la reglamentación. En esta alianza (...) entre la legalidad y el funcionalismo técnico, la burocracia prevalece a la larga como el aliado hegemónico y acaba por convertir a la ley del Estado legislativo parlamentario en la disposición del Estado administrativo burocrático"¹⁶⁹.

Lo relevante de este poder radica en la dramática extensión de sus capacidades. Por muy despótica que haya sido la autoridad en las monarquías absolutas, está claro que era físicamente mucho más limitada que la actual autoridad burocrática. Además, su misma estructura permite que sus agentes limiten al máximo sus responsabilidades individuales en los actos de la administración. Esto genera precisamente una disolución de la culpa en la responsabilidad de esa nueva "persona" en la que deviene el Estado. Es lo que Arendt denomina acertadamente el poder de *Nadie*¹⁷⁰.

¹⁶⁹ SCHMITT, Carl. *Legalidad y legitimidad*, en: ORESTES-AGUILAR, Héctor. Op. Cit., pp. 268-269.

¹⁷⁰ ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia*, Op. Cit., p. 110.

Desde el punto de vista de la psicología individual, podríamos afirmar que existe un inusitado placer en el sometimiento a la heteronomía; nos sentimos *protegidos* por el hecho de que la decisión provenga de un poder más grande que nosotros, a la par que nos sentimos *aliviados* de que el fondo de las leyes escape a nuestro control, liberándonos de nuestra responsabilidad sobre los resultados de dicho sistema. Finalmente, la obediencia nos permite entender dichos resultados como ajenos, permitiéndonos participar de la estructura de poder sin sentir que éste sea producto de nuestras propias decisiones; es decir, sin vernos verdaderamente reflejados en dicho poder.

Como corolario podemos decir que el mal no sólo es banal, sino que también es *difuso*. Por eso es tan difícil de resistir en contextos de complejidad tan alta como los Estados actuales. Si en una situación caracterizada por la ausencia de coacción, como en el experimento de Milgram, una abrumadora mayoría se sometió a decisiones inmorales, cabe suponer que en contextos altamente jerarquizados como la administración pública (para qué decir en los ejércitos regulares) dicha resistencia se tornará prácticamente imposible. A esto habría que añadirle el potencial destructivo de los Estados desarrollados que pueden recurrir a la amenaza nuclear o a las armas biológicas.

Por eso podemos decir con Fromm: “la historia humana comenzó con un acto de desobediencia, y no es improbable que termine por un acto de obediencia”¹⁷¹.

¹⁷¹ FROMM, Erich. Op. Cit., p. 9.

5. Protesta y legitimidad del Estado

Según hemos visto, la rebelión tiene un componente altamente simbólico, que se manifiesta en el hecho evidente de que las dos grandes culturas que dieron forma a la sociedad occidental la sitúan en el centro de sus dilemas filosóficos. En ambos casos, para bien o para mal, es un acto de desobediencia o de rebelión el que da origen a la historia humana. Pero en la configuración de los órdenes sociales, se ha tendido a suprimir este potencial subversivo del ser humano, asignándole a la desobediencia y a la rebelión un carácter prácticamente demoníaco. Las razones de esto son múltiples y, como se ha esbozado en las líneas que preceden, no dejan de tener un asidero racional, en cuanto estrategias de autopreservación del poder de la comunidad. Sin embargo, esperamos que también haya quedado claro el carácter progresivamente obsoleto de dichas razones a la luz del paradigma democrático.

Así, hemos intentado reconstruir los argumentos de la tradición filosófica predominante, que ve en la obligación política un deber absoluto. Indagamos en su raíz tanto mítica como teológica, contraponiendo los diversos peligros que genera esta visión, sobre todo a la luz de la evolución del Estado moderno.

Cabe mencionar que son precisamente estas razones las que nos mueven a defender un paradigma totalmente distinto. Y es que, a pesar de su origen absolutista, el Estado moderno tiene un fuerte componente utópico, manifestado en su justificación al mismo tiempo democrática y garante de los

derechos fundamentales, y que tiene su expresión específicamente jurídica en el concepto de autonomía que analizamos más arriba:

"En la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la *autolegislación* presuntivamente racional de ciudadanos políticamente autónomos"¹⁷².

A diferencia de la rebelión o del derecho de resistencia, la protesta social es un fenómeno específicamente moderno. En el medioevo no se concebía una forma legítima de disentir del poder que se viera libre de las sanciones (y represalias) del gobernante. Por eso mismo todo disenso era potencialmente rebelde. La forma usual de la crítica institucional era el ejercicio del derecho de petición (en términos kantianos, el derecho de queja, *gravamina*). Pero este derecho no importa una exigencia real para el gobernante, ni vale tampoco como interpelación del poder, ni tiene una dimensión específicamente pública o colectiva. Cuestionar públicamente el poder implicaba ponerlo en entredicho.

Ahora bien, el fundamento de la protesta va más allá de la mera crítica de las instituciones; en realidad, se encuentra relacionado con una *nueva forma de legitimación del poder estatal*. Es una forma de legitimación *ex parte populi*, de parte del pueblo (de los gobernados) y no del príncipe (de los gobernantes).

¹⁷² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid, Trotta, 1998, p. 95.

Un poder que, tal como señalaba Bobbio, emerge de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo:

"El juicio sobre los límites de la obediencia y la validez de la resistencia depende del criterio de legitimidad que se asuma. Un poder que con base en un criterio es afirmado como legítimo, con base en otro puede ser considerado ilegítimo"¹⁷³.

Así, mientras "algunos [de estos criterios] son más favorables al mantenimiento del *statu quo*, es decir, están *ex parte principis*, otros son más favorables al cambio, o sea, están *ex parte popul*"¹⁷⁴.

Si asumimos que el criterio de legitimidad del Estado moderno se basa en su condición de ser un orden democrático y al mismo tiempo garante de los derechos fundamentales, y que, por ende, sus prerrogativas descansan en la voluntad de las personas a él sometidas, entonces tenemos que asumir que el disenso es un aspecto esencial de la configuración estatal. Sólo cuando ocurre este cambio en el criterio de legitimidad del poder, la protesta social surge como una forma *normal* de manifestación del disenso por parte de los ciudadanos, amagando, en parte, su potencial subversivo. Por eso es preciso reiterar la necesidad de separar el fenómeno de la protesta, incluso bajo su forma más extrema, como es la desobediencia civil, de los movimientos de resistencia, que no descartan la violencia como método válido de cambio social. Esto no quiere

¹⁷³ BOBBIO, Norberto. *Estado, gobierno y sociedad...*, Op. Cit., 123-124.

¹⁷⁴ *Ibíd.*, p. 124.

decir que una teoría de la protesta no pueda contemplar también la configuración de un derecho de resistencia, sino que, sobre todo en un contexto democrático, debe mantenerse una distinción clara entre estos fenómenos, por lo menos en el plano teórico. La justificación de la protesta no violenta difiere *cualitativamente* de la justificación de lo que podría ser una eventual protesta violenta o un acto de resistencia frente al poder¹⁷⁵.

Así, nuestro objeto de estudio serán las formas de protesta que, a la luz de los principios democráticos, se encuentran (o se deberían encontrar) reconocidas por el ordenamiento jurídico. Esto es lo que analizaremos en el capítulo siguiente.

¹⁷⁵ Véase supra: Capítulo I, parágrafo 3.4.

III.

LOS TIPOS DE PROTESTA Y SU JUSTIFICACIÓN

Según Charles Tilly, todo movimiento social se compone de tres elementos: 1) un esfuerzo público y sostenido en el tiempo para hacer demandas a una autoridad determinada (*campaña*), 2) el uso de diversas formas de acción política, como marchas, entrega de panfletos, declaraciones públicas, etc. (*repertorio*), y 3) una representación pública que demuestre dignidad, unidad, número y compromiso por parte de los participantes¹⁷⁶. En este capítulo nos detendremos en el segundo punto, el repertorio de los movimientos sociales o las diversas formas de protesta que entenderemos incorporadas en el derecho a protestar. Revisaremos someramente cómo se vincula cada tipo de protesta con la definición que hemos dado en el capítulo I, y en algunos casos haremos mención de los más relevantes argumentos que se tiene en cuenta para afirmar la legalidad o ilegalidad de estos tipos de protesta. No haremos, sin embargo, un análisis minucioso, excepto cuando nos refiramos a la desobediencia civil, ya que los argumentos desplegados para justificarla abarcan también otras formas polémicas de protesta, como las tomas de colegios y la objeción de conciencia.

¹⁷⁶ Esto último es lo que Tilly denomina "WUNC displays", entendiéndolo por WUNC: worthiness, unity, number, commitment. Véase: TILLY, Charles. *Social movements, 1768-2004*, London, Paradigm Publishers, 2004, pp. 3-4.

A) LA PROTESTA LEGAL

1. Crítica política y contestación social

Uno de los fundamentos de la democracia, como veremos a lo largo de este y el próximo capítulo, es la facultad que tiene el ciudadano para disentir de las órdenes y leyes estatales. La forma más básica y común de este disenso es la *crítica*. Y específicamente la posibilidad de criticar públicamente las leyes, la labor de las autoridades o sus planes de gobierno. La canalización de la crítica política es una de las principales funciones de la *opinión pública*, formada a su vez por todas aquellas interacciones que se dan entre el público, escritores, expertos técnicos, periodistas, juristas, universitarios y otros, mediante los medios de comunicación de masas, que actualmente se extienden también a las redes sociales. Estas últimas –que conforman lo que podríamos entender como una suerte de opinión pública *virtual*- han significado ciertamente una revolución informativa, en la cual la producción de información se ejerce horizontalmente y los flujos de opinión se transmiten de manera mucho más transversal que en el esquema clásico de la opinión pública burguesa tradicional¹⁷⁷. Sin embargo, este hecho debe ser ponderado con la consiguiente neutralización y relativización de la información, producto de la inmensa diversidad de opiniones contrapuestas que tienen cabida en el espacio virtual, y la sobreabundancia de canales de opinión/información.

¹⁷⁷ Para una caracterización de esta opinión pública burguesa, véase infra: capítulo IV, sección B), párrafo 1.

Cabe mencionar también que la crítica política se encuentra jurídicamente garantizada por el derecho a la libertad de expresión (en nuestro país consagrado positivamente en el artículo 19, número 12, Constitución Política de la República) y es usualmente considerada como uno de los derechos básicos de todo ordenamiento político democrático.

Del derecho a la crítica política en sentido amplio se deriva la contestación social, que es entendida por Ramón Soriano como “manifestación de la disidencia contra determinadas normas o actuaciones de los poderes públicos, sin traspasar el marco de la legalidad”¹⁷⁸. Sin embargo, esta definición es demasiado amplia si consideramos la forma en que Bobbio la caracteriza, diferenciándola estrictamente de lo que él entiende como resistencia:

"[Lo] contrario de la resistencia es obediencia, lo contrario de contestación es aceptación. La teoría general del Derecho se ha basado, a menudo y conscientemente (...) en la diferencia entre obediencia a una norma o al ordenamiento en su totalidad, que es un comportamiento pasivo (...) y aceptación de una norma o del ordenamiento en su totalidad, que es un comportamiento activo, que implica, si no propiamente un juicio de aprobación, una favorable inclinación a servirse de la norma o de las normas para guiar la propia conducta y para censurar la conducta de quienes no se conforman a ellas. En cuanto contraria a la obediencia, la resistencia comprende todo comportamiento

¹⁷⁸ SORIANO, Ramón. *La desobediencia civil*, Op. Cit., 73.

de ruptura contra el orden constituido, que pone en crisis al sistema por el simple hecho de producirse, como sucede en un tumulto, en un motín, en una rebelión, en una insurrección hasta el caso límite de la revolución; lo sitúa en crisis pero no lo pone necesariamente en cuestión.

En cuanto contraria a la aceptación, la contestación se refiere, más que a un comportamiento de ruptura, a una postura de crítica que cuestiona el orden constituido sin situarlo necesariamente en crisis. (...) Y de hecho, como la resistencia se resuelve esencialmente en un acto práctico, en una acción incluso sólo demostrativa (...), así la contestación se expresa a través de un discurso crítico, en una protesta verbal, en la enunciación de un eslogan"¹⁷⁹.

Para Bobbio, en suma, la contestación social se verifica en el discurso crítico, y específicamente en los discursos desarrollados en las asambleas y mítines políticos¹⁸⁰, sin quedar claro si ello abarca también a las marchas autorizadas que se desarrollan en el espacio público (aunque pudiera entenderse que las marchas no autorizadas constituirían, en este esquema, formas de resistencia, atendido que estas últimas comprenden un 'hacer' determinado y no la mera expresión de consignas). De cualquier manera, se debe destacar que, a pesar de las distinciones teóricas, existe una clara

¹⁷⁹ BOBBIO, Norberto. "La resistencia a la opresión, hoy" en: *El tiempo de los derechos*, Op. Cit., pp. 188-189.

¹⁸⁰ Es de notar que Bobbio señala que el lugar "adecuado" donde se desarrolla la contestación es la asamblea: "un lugar donde no se actúa sino se habla" (Ibíd., p. 189).

continuidad práctica entre las acciones de contestación y las acciones de “resistencia” (en términos de Bobbio). Soriano, por su parte, comparando la contestación con la desobediencia civil, señala que ambas integran similares aspectos de fondo y también formales; de fondo, por ejemplo, ambas trasuntan la disconformidad con ciertas normas o actuaciones del poder y, de forma, la manifestación pública y la actuación pacífica. Lo que las contrapone es el respeto de la legalidad y el nivel de tolerancia por parte de los poderes públicos¹⁸¹. Sin embargo, como ya hemos indicado, el código binario legalidad/ilegalidad es bastante más ambiguo de lo que aparenta ser en la teoría y por eso mismo en muchas ocasiones la contestación social puede ser el primer paso hacia la desobediencia civil o la resistencia. Se trata del paso del discurso a la acción.

Aun así, Bobbio sustenta su clasificación en la existencia de lo que él denomina como dos casos-límite: “una resistencia sin contestación (la ocupación de tierras por parte de campesinos hambrientos) y... una contestación de la que no se siga algún acto subversivo que pueda considerarse de resistencia”¹⁸².

Para efectos prácticos, incluiremos a la contestación social dentro de las formas de protesta –que, como ya establecimos en el capítulo anterior, deja fuera los actos de resistencia violenta, que pertenecen a la categoría de la resistencia constitucional- pero la consideraremos según su definición

¹⁸¹ SORIANO, Ramón. Op. Cit., pp. 73-74.

¹⁸² *Ibíd.*, p. 189.

estrictamente bobbiana, como una expresión o manifestación de la crítica política, a través del discurso, la consigna, el mitin político o la asamblea, estudiando aparte el caso de las marchas (autorizadas o no), que veremos a continuación.

2. El caso típico: las marchas¹⁸³

Las marchas son la forma más común de la protesta en Chile. Pertenecen a lo que podríamos denominar el “núcleo duro” del derecho a protestar, ya que su aseguramiento es imprescindible para la subsistencia de la democracia, incluso desde su concepto meramente procedimental, como veremos en el capítulo IV. En efecto, sería un contrasentido denominar a una sociedad como ‘democrática’ si las personas no pudieran reunirse en las plazas o en las calles a su antojo con tal de manifestarse políticamente.

En el mismo sentido, las marchas también forman parte del núcleo positivo del derecho a protestar, ya que encuentran sustento jurídico en dos derechos básicos para toda democracia: la libertad de expresión (artículo 19, N° 12, C.P.R) y el derecho de reunión (artículo 19, N° 13, C.P.R).

En el derecho comparado este bloque de libertades ha sido defendido por la *doctrina del foro público*. Esta doctrina emergió en EEUU a mediados del siglo XX, a partir de conflictos respecto de la Primera Enmienda, relativa a la libertad de expresión (*freedom of speech*). Una primera aproximación a esta

¹⁸³ Este acápite será desarrollado con mayor profundidad en infra: Capítulo V, sección B), parágrafo 1.3.

idea se da en la sentencia del caso *Hague v. Cio*, 307 U.S 496 (1939), donde se cuestionó una ordenanza municipal que prohibía las reuniones públicas sin autorización. Allí, el Juez Roberts señaló que las calles y parques,

"desde tiempos inmemoriales han sido confiados al uso del público y siempre se han utilizado con el propósito de realizar asambleas, comunicar pensamientos entre ciudadanos, y discutir cuestiones públicas. Tal uso de las calles y lugares públicos ha sido, desde antaño, una parte de los privilegios, inmunidades, derechos y libertades de los ciudadanos"¹⁸⁴.

Este concepto de "foro público" sugiere una alusión a un sistema de democracia directa, donde las cuestiones públicas se debaten en el *ágora*, similar de la plaza pública, abierto a la participación de todos los ciudadanos. Esta argumentación nos puede llevar a una vinculación de las marchas (y, en general, de los diversos mecanismos de protesta) con el derecho a la participación política, que revisaremos en los próximos capítulos.

3. La huelga

La huelga es fundamental para cualquier repertorio de la protesta. Aquí tenemos un ejemplo de cómo la protesta puede no sólo modelar las instituciones sociales existentes, sino además *crear* nuevas instituciones

¹⁸⁴ La traducción es mía. El fallo completo se puede encontrar en: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/getcase.pl?court=us&vol=307&invol=496>

sociales. Es a partir de las huelgas protagonizadas por el movimiento laboral del siglo XIX que surgió en la mayor parte de los países desarrollados el derecho laboral, un derecho que tiene por objeto la protección y defensa de los trabajadores frente al poder empresarial. De hecho, en palabras de Sergio Gamonal, la huelga "*antecede* al derecho del trabajo"¹⁸⁵, siendo este último un producto de la lucha revolucionaria de los trabajadores. En este sentido, deberíamos entender la huelga "como un fenómeno social, en esencia revolucionario, que busca expresar el rechazo frente al modelo social dominante"¹⁸⁶. La huelga no se puede subsumir simplemente a un conflicto laboral concreto, porque ella trae implícita una "nueva concepción de la democracia, la democracia social"¹⁸⁷.

No se crea que esta visión positiva sobre la huelga haya imperado desde siempre. En realidad, los juristas suelen distinguir tres etapas en relación a la huelga: primero una etapa de prohibición, luego una etapa de tolerancia, y finalmente la etapa en que se consagra como un derecho¹⁸⁸. Así, es un hecho notable que -al igual que muchas otras formas de protesta- en sus comienzos haya sido considerada como un delito. Carnelutti, por ejemplo, la calificaba como un "hecho social anómalo" e incluso como un "fracaso del derecho"¹⁸⁹.

¹⁸⁵ GAMONAL, Sergio. "El derecho de huelga en la Constitución chilena", Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, Año 20, N° 1, 2013, p. 110

¹⁸⁶ *Ibíd.*

¹⁸⁷ *Ibíd.*

¹⁸⁸ *Ibíd.*, p. 112.

¹⁸⁹ Citado por: DÁVALOS, José. "Orígenes, evolución y ejercicio de la huelga en el derecho mexicano del trabajo", en: V.V.A.A, *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La*

Esta visión, por mucho que hoy nos choque, es bastante comprensible: la huelga cuestiona el hecho mismo del trabajo dependiente¹⁹⁰, poniendo en crisis (aunque de forma transitoria) las relaciones capital/trabajo¹⁹¹. Es más, una mirada somera a nuestro ordenamiento jurídico actual, da cuenta de la misma desconfianza hacia esta forma de protesta¹⁹².

Ahora bien, ¿qué es una huelga? La definición clásica nos indica que es la cesación temporal y colectiva del trabajo¹⁹³. Sin embargo, en la actualidad dicha definición clásica está siendo cuestionada. Por un lado, debido al dinamismo propio de las formas de acción social, que ya hemos mencionado a propósito de la protesta en general, y, por otro, en atención a los efectos negativos que puede producir acotar este concepto en exceso, limitando el

Constitución mexicana 70 años después, Tomo V, México, Universidad Autónoma de México, 1988, p. 126.

¹⁹⁰ BAYLOS, Antonio. "Estado democrático de derecho y amplio reconocimiento del derecho de huelga", *Derecho Laboral*, Tomo LIV, N° 242, 2011, p. 2.

¹⁹¹ Rodrigo e Hidalgo sostienen que la huelga sigue siendo en la actualidad "la manifestación más abierta de la conflictividad laboral": RODRIGO, Claudia e HIDALGO, Alejandra. "Análisis crítico de la huelga en la legislación chilena", Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (profesor guía: Ricardo Juri Sabag), Universidad de Chile, Santiago, 2010, p. 17.

¹⁹² Esta desconfianza ha llevado a que incluso se hable de la *inexistencia* de un verdadero derecho a huelga en nuestro país. Véase: *Ibíd.*

¹⁹³ Así, el profesor brasileño Mozart Victor Russomano la definía como "una suspensión transitoria del servicio, provocada por la mayoría de los trabajadores de una empresa o de una categoría profesional, teniendo por finalidad la alteración de las condiciones de trabajo", y el profesor mexicano Mario de la Cueva como "suspensión concertada del trabajo, llevada a cabo para imponer y hacer cumplir condiciones de trabajo, que respondan a la idea de la justicia social". Ambos citados en: DÁVALOS, José. *Op. Cit.*, p. 127. El mismo Dávalos la define como "la suspensión temporal del trabajo llevada a cabo por una colectividad de trabajadores, con objeto de conseguir el equilibrio de la relación de fuerzas entre los factores de producción... con vistas a la justicia social" (p. 127). Entre nosotros, una definición clásica de la huelga es la propuesta por Héctor Humeres Magnan: "suspensión temporal o colectiva del trabajo, concertada por los que prestan algún servicio, sea por causa política, económica o simple solidaridad con otros grupos y que persigue obtener un cambio en el régimen político existente, en el primer caso, conquistas sociales en los siguientes o apoyo a peticiones extrañas en el último". Véase: HUMERES MAGNAN, Héctor. *La huelga*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1957, p. 18.

radio de acción legítima de los trabajadores. Según esta visión, los conceptos jurídicos deberían ser concebidos con la amplitud suficiente para reflejar la evolución de las prácticas sociales, abiertos a reinterpretaciones e interpolaciones. Así, por ejemplo, adquieren relevancia en la actualidad conceptos como huelga "de trabajo lento, de hipertrabajo y de pensamiento"¹⁹⁴. Desde una perspectiva más política, en tanto, se ha dicho que una ampliación del concepto de huelga es necesaria en un contexto de empresa flexible¹⁹⁵.

Así, en la actualidad se define a la huelga como "toda perturbación del proceso productivo"¹⁹⁶. Esta definición, sin embargo, no capta todo lo que la huelga conlleva. La huelga no es sólo un instrumento en la lucha laboral -una lucha, por cierto, de suma relevancia política en sí misma- sino que además es una forma de participación que revela una agenda mucho más ambiciosa:

"Constituye un momento de participación democrática de los ciudadanos, que mediante su participación, demuestran su decisión de mantener un proyecto igualitario que vaya completándose en el tiempo. La huelga ha sido el instrumento mediante el cual se han ido consiguiendo la gran mayoría de los derechos sociales, conceptuados como derechos de ciudadanía plena"¹⁹⁷.

¹⁹⁴ GAMONAL, Sergio. Op. Cit., p. 111.

¹⁹⁵ RODRIGO, Claudia e HIDALGO, Alejandra. Op. Cit., p. 18.

¹⁹⁶ GAMONAL, Sergio. Op. Cit., p. 111. En el mismo sentido, Rodrigo e Hidalgo la definen como: "toda perturbación producida en el proceso productivo, principalmente la cesación temporal del trabajo, acordada por los trabajadores para la defensa y promoción de un objetivo laboral o socioeconómico". Op. Cit., p. 18.

¹⁹⁷ BAYLOS, Antonio. Op. Cit., pp. 1-2.

En definitiva, podemos decir que observamos en la huelga todos los rasgos esenciales de la protesta que hemos analizado en este trabajo.

4. La funa, el cacerolazo y la performance

La funa es la adaptación de una práctica de protesta argentina denominada *escrache* -que en lunfardo significa "señalamiento" o "descubrimiento"- utilizada por la agrupación H.I.J.O.S (Hijos e Hijas por la Identidad y la Justicia contra el Olvido y el Silencio) a partir de 1996 para protestar contra implicados en violaciones de derechos humanos¹⁹⁸. A grandes rasgos, los objetivos del *escrache* son: 1) el desvelamiento de la culpabilidad del sujeto "escrachado", con el fin de terminar una situación actual de impunidad, y 2) la expresión de rabia, repudio o desprecio contra dicha persona. Consiste básicamente en una reunión de personas alrededor de la vivienda, lugar de trabajo u otro donde se encuentre el sujeto implicado, dando muestras de repudio y a veces incluso dejando una marca o un escrito que dé cuenta de la denuncia. En este sentido, es común la entrega de panfletos con el "prontuario" del sujeto con el fin de hacer pública su vinculación con las violaciones a los derechos humanos. Además, la protesta suele ir acompañada de acciones artísticas.

La primera funa se hizo en nuestro país el año 1999 por la agrupación H.I.J.O.S-Chile contra Alejandro Forero Álvarez, cardiólogo, acusado por el

¹⁹⁸ BRAVO, Nazareno. "Movimientos sociales y acción colectiva como bases de la filosofía latinoamericana", Revista de la Universidad Bolivariana, Vol. 9, N° 27, 2010, pp. 48-51.

grupo de haber sido miembro del Comando Conjunto, organismo encargado de la persecución y eliminación de los miembros del Comité Central del Partido Comunista. Posteriormente se han hecho muchas funas, principalmente contra miembros de la dictadura. En los últimos años la funa ha devenido parte del repertorio normal de la protesta chilena, ampliándose no sólo a miembros conspicuos de la dictadura militar, sino también a autoridades o personas en posiciones de poder.

No es este el lugar para un análisis detallado de esta práctica política, pero diremos que encierra muchos elementos que la hacen particularmente compleja. Por un lado, surge como una respuesta frente a un doble fenómeno: el terror de Estado y la impunidad del terror. Se trata de una situación excepcionalísima, inconmensurable desde el punto de vista jurídico. Estamos frente a esos casos en los cuales el derecho se demuestra prácticamente inútil. Ante el ocultamiento de evidencias, el "pacto de silencio" de los responsables de torturas y desapariciones, la connivencia de ciertos círculos de poderosos, la justicia se ve frustrada. Y, por ende, surge la acción política como medida desesperada para impedir la impunidad. Sin embargo, las circunstancias enunciadas no pueden hacernos perder de vista que se trata de acciones que lindan con la autotutela. En ciertas ocasiones las funas -sobre todo las más recientes, ajenas al tema de los derechos humanos, desprovistas de su potente carga simbólica- se pueden acercar peligrosamente al linchamiento o a la violencia.

Sin embargo, hechas estas prevenciones, debemos destacar en la funa una acción original de los movimientos de protesta latinoamericanos, lo que da cuenta una vez del carácter innovativo de la protesta.

Otra actividad común, original de nuestro país aunque replicado en otros países de América Latina, es el cacerolazo. Lo notable de esta práctica -que consiste en concertarse a una determinada hora y hacer ruido desde la propia vivienda con ollas, cacerolas o lo que esté a mano- es que permite la articulación de una gran cantidad de gente para manifestar el descontento. Se trata de una práctica que no sólo es pacífica, sino que además se ha mostrado con los años bastante efectiva. Por un lado, es una de las formas de protesta más económicas que existen, no requiere una gran organización y sus resultados pueden ser bastante positivos para el movimiento que la convoca. Los cacerolazos generan un impacto en la opinión pública en un nivel cotidiano: incluso si los medios de comunicación no lo informan, todos los vecinos saben que hubo una protesta. Es la política de la cotidianidad que irrumpe en el espacio ocupado por la "gran" política. Esta forma de protesta fue muy utilizada contra la dictadura en los años 80' y fue replicada por el movimiento estudiantil de 2011 el día 4 de agosto, una de las jornadas donde la represión policial llegó a su punto más alto¹⁹⁹.

¹⁹⁹ ADN Radio Chile, "Camila Vallejo convocó a un cacerolazo en repudio a la represión". <En Línea>. 4 de agosto de 2011. Disponible en: <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/camila-vallejo-convoco-a-un-cacerolazo-en-repudio-a-la-represion/20110804/nota/1526457.aspx>

Finalmente, la performance es otro tipo de manifestación que ha adquirido relevancia en los últimos años. En realidad, toda protesta incorpora un aspecto de performance, de espectáculo, pero en estos casos hablamos de representaciones artísticas, que conjugan en un solo acto la estética y la política. Precursores de este género de manifestaciones fueron los miembros del Colectivo de Acciones de Arte (CADA), surgido en 1979 y compuesto por Diamela Eltit, Lotty Rosenfeld y Raúl Zurita, entre otros, cuyas acciones de arte iban dirigidas a eludir la censura y formar una cultura de resistencia clandestina contra la dictadura. Posteriormente, a fines de los 80' aparecieron *Las Yeguas del Apocalipsis*, colectivo artístico conformado por los escritores Pedro Lemebel y Francisco Casas. Sus acciones iban dirigidas no sólo contra el régimen militar sino también contra todos aquellos que ocuparan lugares destacados en el establishment literario y cultural. Asimismo, abogaban por los derechos de las minorías sexuales.

Uno de los puntos clave del repertorio de protestas del movimiento estudiantil de 2011 fue el uso político de la performance. Así, por ejemplo, el día 24 de junio cientos de jóvenes representaron la coreografía de la canción "Thriller" de Michael Jackson, lo cual generó un gran impacto mediático y contribuyó a mejorar la imagen del movimiento ante sectores desmovilizados de la sociedad. Otra acción relevante fueron las "1800 horas por la educación", en la cual un grupo de ciudadanos de todas las edades estuvo corriendo por 1800 horas alrededor de La Moneda portando una bandera con el mensaje

"Educación gratuita ahora". Las personas se iban relevando para hacer la corrida, en una acción que duró desde el 13 de junio hasta el 27 de agosto de 2011²⁰⁰.

En todas estas acciones vislumbramos el fuerte carácter simbólico de las acciones de protesta.

5. Un caso difícil: las tomas estudiantiles

La toma estudiantil es otra forma típica de protesta en Chile, aunque suele resultar, desde el punto de vista académico, mucho más problemática que las marchas, ya que -según algunos- chocaría con el requisito de que las reuniones y protestas sean pacíficas.

Dos elementos típicos de la toma atentarían, según esta visión, contra la consideración de este tipo de protesta como "pacífica": i) la ocupación de un espacio que no les pertenece a los ocupantes –un espacio del cual ellos no son propietarios- y ii) la exclusión de personas ajenas al movimiento que promueve la ocupación.

Incluso si concediéramos la presencia de estos dos elementos, habría que preguntarse si estas circunstancias pueden llevarnos a calificar una toma como *violenta*. Si llegáramos a afirmar, por ejemplo, que las tomas atentan contra la paz social, de ello no se deriva que tengan un carácter violento:

²⁰⁰ El Ciudadano, "1800 horas corriendo por la educación pública gratuita" (por la periodista Mélissa Quillier). <En Línea>. 16 de Junio de 2011. Disponible en: <http://www.elciudadano.cl/2011/06/16/37422/1800-horas-corriendo-por-la-educacion-publica/>

cualquier afirmación en tal sentido requeriría un concepto previo de violencia. En rigor, pareciera existir una confusión entre los conceptos de violencia y coerción. La coerción no es necesariamente violenta. Algún autor la ha definido, de hecho, como una presión ejercida sobre alguien para forzar su voluntad²⁰¹, mientras que la violencia sería la realización de un daño físico o psicológico sobre una persona o un grupo de personas. Desde nuestra perspectiva, resulta evidente que una toma no reviste un carácter violento en este sentido (al menos no en sí misma).

Esta confusión es lo que ha hecho que las tomas se ubiquen en un espacio jurídico bastante ambiguo. Por un lado, las autoridades (y los medios de comunicación) suelen criticarlas por su carácter supuestamente violento (y, muchos agregan, ilegal), pero por otro lado no existe una sanción jurídica contra ellas porque no calzan con ningún tipo penal determinado. En efecto, no se trata de usurpaciones, porque la usurpación se entiende como la ocupación ilegal de una propiedad ajena con el objeto de ser reconocido como señor y dueño de ella, requisito que no se cumple en una toma, ya que sus objetivos son netamente políticos y se trata de ocupaciones estrictamente transitorias²⁰².

En realidad, las tomas estudiantiles generalmente se originan a partir de la deliberación de la mayor parte del estudiantado, reunido en una asamblea o

²⁰¹ FREEMAN, Harrop. "The right of protest and civil disobedience", Indiana Law Journal, Vol. 41, 1966, p. 229.

²⁰² Para más detalle, véase: ASESORÍA CIUDADANA, "¿Existe algún delito en las tomas de establecimientos educacionales?", Revista Digital Ballotage, publicado el 03/08/2011, en: <http://ballotage.cl/2011/08/existe-algun-delito-en-las-tomas-de-establecimientos-educacionales/> Consultado el 06/03/2013.

mediante un proceso de voto escrito y secreto, con respeto de ciertos quórumos mínimos. Se puede reclamar el carácter realmente representativo o mayoritario de dicho cuerpo estudiantil, pero no se puede negar que se trata de una forma de participación política, aspecto fundamental del sistema democrático y uno de los derechos fundamentales asegurados en nuestra Constitución²⁰³.

Por esta sencilla razón no se puede homologar la toma estudiantil a un delito. Esto no quiere decir que los estudiantes en toma no puedan cometer –en el curso de la misma- alguna acción delictiva específica (como el delito de daños, por ejemplo). Lo relevante es que la toma, considerada en sí misma, no es un delito -en cuanto no calza con ningún tipo penal- y se podría argumentar además que está amparada *prima facie* por nuestra Constitución.

Quienes critican a las tomas son conscientes de la atipicidad penal de la figura -de ahí las recurrentes propuestas para tipificarla²⁰⁴- pero argumentan su carácter de ilícito constitucional (un ilícito constitucional podría ser, desde esta perspectiva, una conducta ilegal o arbitraria, en el sentido del artículo 20 de la Constitución, que establece los requisitos para deducir la acción de protección). Sin embargo, ya vimos que la toma también constituye una forma de participación política, por lo que es evidente que dicha ilicitud también es discutible, al tratarse de una conducta protegida por la propia Constitución. En

²⁰³ Véase infra.: Capítulo V, Sección B), parágrafo 1.2.

²⁰⁴ Véase, por ejemplo, el fallido proyecto de ley que fortalece el resguardo del orden público, conocida popularmente como Ley Hinzpeter (Boletín 7975-25). Un análisis somero en: FACUSE, Nicolás, y SOTO, Víctor. "Ley Hinzpeter: la derrota del populismo penal". Publicada el 9 de agosto de 2013, en El Mostrador. <En Línea>. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/08/09/ley-hinzpeter-la-derrota-del-populismo-penal/>

otras palabras, al juez constitucional le correspondería hacer una ponderación entre ambas posturas para determinar, de manera casuística, si la conducta cuestionada es un ejercicio legítimo de un derecho o una conducta ilícita en el sentido antes expuesto.

Dicha ponderación no es sencilla, lo cual se ve ratificado por una reciente sentencia de la Corte Suprema sobre las tomas estudiantiles²⁰⁵. Si bien el máximo tribunal no acoge la tesis que aquí se plantea (las tomas estudiantiles como formas de participación política y, por tanto, protegidas *prima facie* por la Constitución), esta sentencia nos permite observar el carácter jurídicamente ambiguo de la toma en el actual repertorio de la protesta en Chile.

5.1. Análisis de la sentencia de la Corte Suprema sobre la toma del Instituto Nacional

A mediados del año 2014, un grupo de padres y apoderados del Instituto Nacional interpuso una acción de protección para que la Corte de Apelaciones de Santiago ordenara el desalojo de una toma en el establecimiento, en el marco de la movilización estudiantil²⁰⁶. Además, se solicitó a la Corte que dejara sin efecto un "protocolo de acuerdo" entre la Municipalidad de Santiago (entidad sostenedora del Instituto Nacional) y el Centro de Alumnos del establecimiento, que supuestamente "legitimaba" la toma. En realidad, lo que hizo la Municipalidad de Santiago fue comprometerse a que, cuando la toma fuera

²⁰⁵ Véase: Corte Suprema, Rol N° 23.540-2014.

²⁰⁶ Se trata de la causa rol N° 39022-2014 (acumulada 39048-2014).

llevada a cabo mediante un procedimiento reconocido por la orgánica del propio Centro de Alumnos, y de manera pacífica, ella no invocaría el auxilio de la fuerza pública para conseguir el desalojo, sino que promovería el diálogo con los estudiantes en toma, con el objetivo de negociar una salida de la crisis.

La Corte de Apelaciones de Santiago, en un fallo polémico, que generó amplio debate en la opinión pública²⁰⁷, resolvió: i) que los estudiantes recurridos debían abstenerse en el futuro de organizar o llamar a votaciones sobre tomas y paralizaciones; ii) que se debía dejar sin efecto el protocolo suscrito por la Dirección de Educación de la I. Municipalidad de Santiago y el Centro de Alumnos del Instituto Nacional, y que la autoridad edilicia y todo otro órgano municipal debía abstenerse de firmar cualquier documento que fijara condiciones o requisitos para la procedencia y mantenimiento de tomas o paralizaciones referido al establecimiento educacional; y iii) que la alcaldesa debía, en caso de futuras tomas, adoptar oportunamente todas las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio, en su calidad de sostenedora del Instituto Nacional, atendido lo señalado en el artículo 10, de la Ley General de Educación (Ley 20.370).

Cabe destacar varios elementos importantes de esta sentencia. Primero, ella presupone la homologación entre toma y violencia. *Cualquier* toma estudiantil sería, en este sentido, inherentemente violenta. Es lo que se

²⁰⁷ Véase, por todos: ATRIA, Fernando. "Una sentencia insólita", publicada en El Mostrador. 11/09/2014. <En Línea>. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2014/09/11/una-sentencia-insolita/>

desprende de lo señalado en el considerando 2º, donde se afirma que "el Reglamento N° 24 de 11 de marzo de 2005 sobre Consejos Escolares no les otorga [a los estudiantes] facultades para resolver sobre tomas, cuestión que les está vedada por lo demás *por constituir ellas una forma de violencia* que el art. 15 citado les ordena expresamente por el contrario prevenir" (las cursivas son mías).

Pero el tribunal además sostiene que los propios estudiantes - independientemente del procedimiento llevado a cabo- estarían imposibilitados de tomarse el colegio, debido a que ni en el mentado Reglamento sobre Consejos Escolares ni en el Reglamento Interno del Instituto Nacional se les otorga explícitamente la facultad de organizar la votación de una toma o una paralización. Es decir, más allá de la supuesta "violencia" de la toma, el tribunal se sirve de un argumento formalista para prohibir incluso una votación que condujera a esta forma de protesta, prohibición que se extendería también a la votación sobre eventuales paralizaciones. Nótese aquí la pretensión de tratar a los estudiantes con los mismos parámetros que a las autoridades y órganos públicos, que sólo pueden hacer lo que les está expresamente permitido. Como bien afirmaron dos columnistas esto sería equivalente a decir que los estudiantes están imposibilitados de organizar campeonatos deportivos, porque el decreto tampoco concede tales facultades²⁰⁸. La afirmación, por cierto,

²⁰⁸ LOVERA, Domingo, y CONTESE, Jorge. "Tomas en el Instituto Nacional: legalidad y política". Publicada el 22 de agosto de 2014 en CIPER CHILE. <En Línea>. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2014/08/22/tomas-en-el-instituto-nacional-legalidad-y-politica/>

tampoco pondera la autonomía que la propia Constitución le concede a los grupos intermedios (artículo 1°, inc. 2°, CPR).

En tercer lugar, en la misma línea formalista la sentencia sostiene la ilegalidad del protocolo suscrito entre la Municipalidad de Santiago y el Centro de Alumnos del Instituto Nacional, en atención a que no existiría una autorización legal explícita para que la Municipalidad suscriba dichos acuerdos. Con esto la Corte ignora, por cierto, el carácter esencialmente político del acuerdo (un acuerdo que no buscaba constituirse en un acto jurídico solemne, sino que imponía una obligación de carácter moral o político, y que no decía relación con la connotación jurídica de la toma estudiantil, sino con las medidas posibles de la autoridad para conseguir su término).

Ante lo resuelto por la Corte de Apelaciones, se dedujeron dos recursos de apelación, uno presentado por la Municipalidad de Santiago y otro presentado por el estudiante Xavier Opazo, Presidente del Centro de Alumnos del Instituto Nacional. Después de los alegatos correspondientes, el máximo tribunal resolvió revocar la sentencia apelada de 18 de agosto de 2014 en lo relativo a los estudiantes y la Municipalidad de Santiago, y confirmarla respecto del rector del Instituto Nacional. Así, se ordenó al rector del Instituto Nacional, Fernando Pérez Barrera, "implementar (...) todas las medidas a su alcance tendientes a impedir nuevas perturbaciones o vulneraciones de las garantías que antes se indicaron". Es decir, se trató de una sentencia parcialmente revocatoria, ya que mantuvo el juicio de desvalor (constitucional) de la toma

como forma de protesta. Debido a este juicio de desvalor, en algunos medios de prensa -sin tener a la vista los razonamientos del tribunal- se argumentó que con este fallo se imponía una jurisprudencia prohibitiva respecto de las tomas. La realidad, como veremos, es mucho más compleja.

En primer lugar, cabe señalar que dicho juicio de desvalor se restringió a la toma de establecimientos educacionales, sin extenderse a las paralizaciones u otras formas de protesta. De hecho, se argumentó en favor de la "licitud de la protesta social", acción que a juicio de la Corte es "relevante para generar debates en la opinión pública" (considerando 6°). Por el contrario, la toma sería "un acto de fuerza que no constituye un medio legítimo de emitir opinión" ni formaría parte del "contenido del derecho a manifestarse". Se trataría, pues, de "un comportamiento antijurídico que no respeta los derechos de los demás, aun cuando su materialización hubiere sido promovida por una mayoría de estudiantes" (considerando 6°). La supuesta antijuridicidad del hecho se basaría en la afectación del derecho de algunos estudiantes de recibir su educación (artículo 19, número 10, CPR). Es evidente que la voz "antijuridicidad" se utiliza en un sentido amplio, como sinónimo de ilicitud, y se circunscribe al ámbito constitucional, sin ser posible extenderla al ámbito penal, donde dicho concepto está condicionado por la tipicidad previa de la conducta que se evalúa. Por otra parte, cabe destacar que no todos los jueces estuvieron a favor de este juicio de desvalor de la toma. El ministro Pedro Pierry sostuvo en su opinión disidente que una toma podría, "en circunstancias extraordinarias, no ser objeto de

reproche por la sociedad y, más aún, ser considerada como forma última de la expresión de reclamo ante la necesidad de adoptar cambios urgentes en materia educacional, e incluso, como forma de protesta para la obtención de cambios políticos mayores". Volveremos sobre esto al final de este apartado.

Sin perjuicio de la supuesta antijuridicidad de la toma, la Corte Suprema sostuvo que la solicitud de los recurrentes de ordenar a los estudiantes abstenerse de realizar votaciones sobre tomas o paralizaciones, implicaría pedirle a los tribunales de justicia que efectúen un acto de censura previa:

*"El derecho a manifestarse libremente, la libertad de opinión y de reunión no pueden ser objeto de limitación alguna antes que sean ejercidas, toda vez que por mandato constitucional se prohíbe la censura previa, ni requieren de permiso anticipado por parte de la autoridad -sin perjuicio de la regulación por el organismo competente de las reuniones que se efectúen en espacios públicos-, pero tienen por contrapartida el poder hacer efectiva la responsabilidad por los posibles daños que el ejercicio de tales derechos puede provocar en otros bienes jurídicos socialmente importantes" (considerando 7°)*²⁰⁹.

Atendida la definición de censura provista por José Luis Cea Egaña - "impedimento, dificultad u obstáculo para realizar actos expresivos de forma libre y voluntaria"- se concluyó que "lo buscado por los recurrentes es que los

²⁰⁹ Las cursivas son mías.

tribunales realicen un acto censorador, lo que está estrictamente prohibido".

Por otro lado, respecto del protocolo de acuerdo entre la Municipalidad de Santiago y el Centro de Alumnos del Instituto Nacional, se dijo que "en ningún caso cabe sustituir a la Administración imponiéndole la manera en que debe abordar los conflictos estudiantiles que se susciten en la comuna". Por ello, "no es posible aceptar que los tribunales entren en ese espacio a través de una decisión judicial que fije de un modo inalterable o inmutable cómo debe ser la respuesta del ente municipal frente a esos acontecimientos" (considerando 8°).

Más aún, el máximo tribunal dijo valorar favorablemente la búsqueda, por parte de la autoridad, de alternativas no violentas de reacción frente a este tipo de situación. En este sentido, la decisión "de establecer vías de persuasión antes de proceder a los desalojos" no se apartaría de la normativa jurídica que rige a la Municipalidad "desde que no existe disposición legal ni reglamentaria alguna que, de manera imperativa, prescriba las acciones precisas que debe adoptar frente a los tomas estudiantiles" (considerando 11°). Tampoco aparece dicha estrategia revestida de arbitrariedad administrativa o carente de racionalidad "pues además de encontrarse debidamente justificada, ha sido apoyada mayoritariamente por los Subcentros de Padres y Apoderados del Instituto Nacional que representan a cada uno de los cursos del establecimiento" (considerando 11°).

Es decir, la Corte ratifica la jurisprudencia existente en torno a la necesaria separación de la actividad jurisdiccional y la actividad política. Esto es sumamente relevante, porque -sin llegar al extremo de las sentencias de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol N° 421-2011, y de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 578-2011, que en casos similares señalaron que el conflicto político en cuestión desbordaba prácticamente a las autoridades- se afirma una línea jurisprudencial que se viene desarrollando desde hace varios años y que implica la necesaria preponderancia de las vías políticas para solucionar los problemas generados por la movilización social.

En síntesis, se puede notar una tensión o una ambigüedad fundamental en la sentencia. Por un lado, se establece la prohibición absoluta de las tomas, debido a su supuesta antijuricidad, basada en el entorpecimiento del derecho a la educación de los estudiantes opositores a la toma. De esta manera, se previene a la autoridad que ella no podría, en ningún caso, validar esta forma de protesta.

Por otro lado, sin embargo, se le advierte a la misma autoridad que los jóvenes tienen pleno derecho a deliberar y votar a favor de tomas o paralizaciones, ya que esto se desprende de su derecho a la libertad de expresión. Prohibir, como hace el fallo de primera instancia, la votación de tomas o paralizaciones, constituiría un caso de censura previa, lo cual es contrario a lo prescrito por nuestra Constitución.

Por otra parte, la Corte Suprema reconoce la relevancia de la protesta social para generar discusiones en la opinión pública, lo cual acrecienta la complejidad de este conflicto. Más aún, se señala que existe un amplio abanico de medidas posibles para enfrentar las tomas, por lo cual la autoridad competente debería ponderar en su momento cuál de estas aplicar. Así, una autoridad podría optar perfectamente por el diálogo (como ha hecho precisamente la municipalidad de Santiago) o la amenaza de sanciones internas (como podría hacer el director del establecimiento), evitando llegar al desalojo con auxilio de la fuerza pública, que la misma Corte estima como el peor escenario posible, ya que podría generar un efecto de "contagio" con otras escuelas y de escalamiento del conflicto (considerando 11°).

Atendido lo anterior, las tomas siguen ubicándose en una suerte de "tierra de nadie", entre la legalidad y la ilegalidad, entre la fuerza y el derecho. Por esto mismo, es decidior el gesto de la propia Corte de abstenerse de evaluar las medidas adoptadas por la municipalidad, separando aguas entre las decisiones políticas de la autoridad y la evaluación jurídica que podrían hacer los tribunales de justicia.

En definitiva, lo que nos está diciendo el fallo es que la política desborda el derecho. Que, por ende, existe un ámbito de la política que se encuentra en disputa. La protesta social intenta surcar ese ámbito, planteando al resto de la ciudadanía la cuestión de la legitimidad de las leyes que se le aplican. Para hacerlo, no tiene otra opción que poner dicha legitimidad en crisis.

La legitimidad de los manifestantes depende, en conclusión, y tal como sostuvo el ministro Pierry, de su éxito para instalar sus demandas en la mayoría de la ciudadanía. Cuestión que ocurrió precisamente el año 2011. Que las tomas sean legítimas en el momento actual -con un gobierno reformista que alega estar de parte de las demandas del movimiento estudiantil- está aún en entredicho. Sin embargo, como se trata de algo que está en entredicho, no es posible que los jueces tomen de antemano la decisión de restringir dicha forma de protesta. Al contrario, es la misma ciudadanía la que debe decidir, en cuanto ella -la totalidad del electorado nacional- se transforma en estos casos en nuestro último -y máximo- tribunal de apelación²¹⁰.

6. El problema de la objeción de conciencia

La objeción de conciencia es la manifestación más directa y radical de la libertad de conciencia en el ordenamiento jurídico. Entre nosotros ha sido definida como “la oposición de un individuo, por razones morales, al cumplimiento de un deber jurídico concreto que él debe realizar directa y actualmente”²¹¹. La objeción de conciencia es un acto individual, lo que no quiere decir que su motivación esté desvinculada de una moral colectiva. Para Walzer la misma palabra “conciencia” implica la existencia de una moral común,

²¹⁰ Tomo aquí una expresión de Rawls, que revisaremos a propósito de la desobediencia civil. Véase infra: Capítulo III, Sección B), parágrafo 3.1.

²¹¹ NOGUEIRA, Humberto. *La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno*, *Ius et Praxis*, vol. 12, n° 2, Talca, 2006. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=en&nrm=iso

por lo que la obligación del individuo hacia dios o la justicia no sólo es adquirida dentro de un grupo, sino que es –al mismo tiempo que una obligación individual- una obligación para con el resto de los miembros del grupo²¹². Sin embargo, a diferencia de la desobediencia civil, la objeción de conciencia no es realizada por el grupo en su conjunto sino por individuos aislados.

Por otro lado, es evidente que *no se trata realmente de una forma de protesta*. Si toda protesta es un acto público de discrepancia con una o más normas del ordenamiento jurídico (o con una o más políticas del gobierno de turno) la objeción de conciencia suele ser, por el contrario, un acto privado donde el objetor busca que se lo libere de aplicar una norma jurídica o política estatal determinada. Que el acto sea privado, sin embargo, no quiere decir que sea un acto secreto o clandestino –lo que constituiría una forma de evasión de las normas- sino que implica que el objetor no persigue la publicidad del acto de desobediencia.

Además, la objeción de conciencia no es una muestra real de disenso, ya que el objetor no manifiesta que la norma sea injusta en sí misma, sino que sería injusto que se le aplicara a *él*. Para Ramón Soriano,

"lo que el objetor desea es que en su caso se excepcione la obligación de la obediencia (...) por estimar que posee un motivo prevalente de conciencia que colisiona con el mandato jurídico contenido en las normas; y como prueba de la veracidad de su motivo y de la autenticidad

²¹² WALZER, Michael. "The obligation to disobey", en: ETHICS, Vol. 77, N° 3, 1967, p. 164.

de su comportamiento se muestra dispuesto a cumplir con otro deber jurídico alternativo y no colisionante con los dictados de su conciencia"²¹³.

Finalmente, cabe apuntar aquí que la objeción de conciencia suele ser caracterizada por la doctrina como el “incumplimiento de un deber jurídico de tipo positivo, de un mandato, considerando así los casos de objeción de conciencia como conductas “omisivas”, frente a la desobediencia civil que, según la mayoría de la doctrina, puede consistir tanto en un hacer como en un omitir”²¹⁴.

Recapitulando, la objeción de conciencia es una conducta individual, que se hace sin publicidad y que reclama una excepción en la aplicación de la ley, mientras que la desobediencia civil –que ya veremos en detalle- es una conducta colectiva, pública y que busca generar un cambio en la ley objetada. Sin embargo, si al objetor no se le reconoce su derecho, la objeción de conciencia podría derivar en un acto de desobediencia civil, lo que ocurriría en caso que otros miembros de la minoría u organización que compartieran las mismas ideas se unieran al objetor, movilizándose para lograr que se los libere de cumplir la norma.

²¹³ SORIANO, Ramón. Op. Cit., p. 44-45.

²¹⁴ FALCÓN Y TELLA, María José. *La desobediencia civil*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 81.

7. Entre la legalidad y la ilegalidad: los casos de prueba (test cases)²¹⁵

Se trata de la vulneración de una ley bajo el fundamento de su inconstitucionalidad con el objetivo de forzar una intervención de los tribunales de justicia, y que éstos realicen una interpretación de la ley infringida, determinando si ella es o no efectivamente válida. Es una hipótesis analizada tanto por Rawls²¹⁶ como por Dworkin²¹⁷, y que tiene gran relevancia en el derecho anglosajón²¹⁸. Es una figura intermedia, mixta, que tiene su justificación en una antinomia: el choque entre una norma superior (la Constitución) y una norma inferior (la ley incumplida). Ciertamente esto requiere de la verificación de un tribunal superior que interprete la norma constitucional, definiendo si la ley es o no válida. Lo problemático es el momento de la definición: si el tribunal superior determina que la ley era constitucional, entonces –a juicio de algunos autores- estaríamos frente a un caso de desobediencia civil. Por otro lado, si la ley resulta ser declarada inválida, igualmente existe un debate: para algunos la ley es válida hasta la determinación en contrario del tribunal superior, para otros la ley nunca puede ser nula *per se* sino sólo *anulable*; en ambos casos, estaríamos frente a un acto de desobediencia civil. Ahora bien, para otros autores la ley inconstitucional nunca ha sido realmente una ley, ella es nula

²¹⁵ También han sido traducidos como “causas instrumentales”.

²¹⁶ Véase: *Ibíd.*, p. 105.

²¹⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 309-322. En rigor, Dworkin no la analiza explícitamente, sino que homologa a ésta y la desobediencia civil, entendiendo la segunda como una hipótesis del posible comportamiento de un ciudadano respecto de la ley dudosa. De hecho, esta homologación es una de las críticas que se le han hecho al autor (*infra*, p. 70).

²¹⁸ Véase: COHEN, Carl. “Civil disobedience and the law”, *Rutgers Law Review*, Vol. 21, 1966.

desde su propia promulgación, lo que significa que la nulidad opera con efecto retroactivo. Por ende, el acto de los manifestantes nunca fue ilegal²¹⁹.

En definitiva, esta es una figura bastante discutida, ya que –a diferencia de la desobediencia civil o la objeción de conciencia- no existe en quien lo realiza la conciencia clara de estar cometiendo una ilegalidad. Por otro lado, parece depender excesivamente de la interpretación que se le dé a dicho acto a posteriori, ya que este se encuentra subordinado a la intervención ex post de un tribunal de justicia. Esto demuestra, además, un respeto inequívoco hacia el sistema jurídico en su conjunto, y sobre todo hacia la labor judicial. Por ello es posible considerar a los casos de prueba más cerca de la legalidad que de la ilegalidad, y separarlos por consiguiente de la desobediencia civil, independientemente de la tesis que se siga respecto de la nulidad o anulabilidad de las leyes inconstitucionales.

²¹⁹ FALCÓN Y TELLA, María José. Op. Cit., pp. 105-107.

B) LA DESOBEDIENCIA CIVIL

1. Breve repaso histórico de la desobediencia civil

La desobediencia civil no ha sido extensamente tratada en nuestro país, probablemente debido a que su definición y su desarrollo práctico provienen del mundo anglosajón, especialmente de Estados Unidos²²⁰. Sin embargo, tiene una importancia capital para cualquier teoría de la protesta, ya que en ella se juega, en su forma más dramática, el problema de la obediencia a la autoridad política, sobre todo existiendo un sistema democrático donde se respeta la libertad de conciencia. Es la contradicción que plantea con vehemencia Henry David Thoreau:

"Me parece que debemos ser hombres primero y después súbditos. No es tan deseable cultivar el respeto por la ley, como por el derecho. La única obligación que tengo el derecho de asumir es la de hacer en toda ocasión aquello que creo justo"²²¹.

²²⁰ Existen, sin embargo, honrosas excepciones: CAROCA, Luis y CABELLO, Sebastián. *El coto vedado como fundamento de la desobediencia civil*, Revista Derecho y Humanidades, N° 18, Santiago, 2011, pp. 85-98; KUNSTMANN, Matías. *Desobediencia civil y objeción de conciencia: los límites de la injusticia aceptable*, Revista Derecho y Humanidades, N° 6, Santiago, 1998, pp. 113-126; RUIZ-TAGLE, Pablo. *Desobediencia civil, terrorismo y derechos fundamentales*, Revista Derecho y Humanidades, N° 12, Santiago, 2006, pp. 133-140; SQUELLA, Agustín. *¿Obligación moral de obedecer el derecho?: Rawls y la desobediencia civil*, en: SQUELLA, Agustín (editor). *Filosofía y política en Rawls*, Edeval, Valparaíso, 2007, pp. 381-398; ZALAUQUETT, José. *La desobediencia civil en John Rawls y la ética de medidas de excepción y de medidas extremas*, Revista Derecho y Humanidades, N° 12, Santiago, 2006, pp. 121-132. Cabe destacar que la mayoría de los autores citados escriben desde una perspectiva rawlsiana.

²²¹ THOREAU, Henry David. *Desobediencia civil*, Santiago, Editorial Universitaria, 1970, p. 24

El término “desobediencia civil” fue acuñado precisamente por Thoreau en un breve y famoso ensayo en el cual justificaba su negativa a pagar impuestos al gobierno de Estados Unidos, debido a diversas situaciones que él consideraba inmorales (e incluso criminales), como, por ejemplo, la esclavitud de los negros o la guerra contra México. Producto de dicha negativa el escritor fue recluido en prisión por el lapso de una noche, hasta que un familiar pagó su fianza. A pesar de la brevedad de su reclusión, Thoreau se convirtió pronto en una celebridad²²². Y es que su estrategia de desobediencia meditada al gobierno estadounidense se enmarcaba en el contexto de una ideología de corte antiestatal, que algunos consideran anarquista y otros, simplemente, individualista²²³. Para explicar dichas ideas, Thoreau escribió su famoso libro, que inspiraría, entre otros, al líder político hindú Mohandas Gandhi.

Si bien se discute en la doctrina que se haya tratado realmente de un caso de desobediencia civil²²⁴, es indudable que en este episodio podemos ver la esencia del problema que ella generalmente suscita. Se trató de una acción ilegal (llevada a cabo con plena conciencia de su ilegalidad), no violenta, realizada con el propósito declarado de llamar la atención sobre un problema

²²² El episodio está narrado en: FALCÓN Y TELLO, María José. Op. Cit., pp. 431-432.

²²³ *Ibid.*, pp. 437-442.

²²⁴ Para Ramón Soriano, el acto de no pagar los impuestos es un mero caso de objeción de conciencia, pero escribir un libro justificando su objeción, sería ya desobediencia civil, por su carácter público. Véase: SORIANO, Ramón. Op. Cit., p. 23.

político. Al mismo tiempo, se trató de una acción que no llamaba a la revolución, a pesar de su ideología antiestatal.

Posteriormente, la idea de la desobediencia civil (en oposición a la desobediencia criminal) como punto intermedio entre la crítica política manifestada en la protesta legal y la resistencia contra el poder, fue adquiriendo cada vez mayor peso. Esto ocurrió, sobre todo, después del amplio movimiento liderado por Gandhi en la India que, después de más de veinte años de lucha, logró terminar con la colonización británica en 1947.

Gandhi fue un gran predicador de la no-violencia como una estrategia exitosa para luchar contra la injusticia. En el marco de su lucha contra el dominio del Imperio británico en la India, desarrolló la teoría de la *Satyagraha*, concepto que engloba y supera la noción de desobediencia civil. *Sat* significa al mismo tiempo “verdad” y “alma”, mientras que *Agraha* significa “firmeza” o “fuerza”. Por lo tanto el concepto de *Satyagraha* se podría traducir en sentido estricto como fuerza de la verdad o fuerza del alma (otros dicen que se trata más bien de la “búsqueda firme de la verdad”²²⁵). En realidad, la *Satyagraha* es un movimiento o una lucha que comprende una diversidad de prácticas de acción directa no-violenta, entre las cuales se cuentan la no-cooperación con la autoridad, la resistencia pasiva²²⁶ y la desobediencia civil²²⁷.

²²⁵ FALCÓN Y TELLO, Op. Cit., p. 449

²²⁶ Las distintas formas de resistencia se pueden clasificar en: no resistencia, resistencia pasiva y resistencia activa. La primera deriva filosóficamente del Sermón de la Montaña, la postura de “poner la otra mejilla” o “no resistir el mal”. Es una actitud de resignación frente al mal, pero sin ceder espiritualmente frente a éste. La segunda, en tanto, va un poco más allá, negándose a hacer lo que se pide, y engloba la no cooperación, la huelga, el boicot y la objeción de

Un concepto clave para entender este conjunto de prácticas es el concepto de *ahimsa*, que se puede traducir como amor, afecto, simpatía, y que se manifiesta en la no-violencia²²⁸. El corolario de este principio consiste en la exaltación del autosacrificio y la renuncia a dañar a otros, idea tomada del Sermón de la Montaña e influenciada por el pensamiento de León Tolstoi²²⁹.

¿Cuál es la justificación que da Gandhi de la desobediencia civil? Para Gandhi, la desobediencia no es contraria al derecho. Según él, existen situaciones en las que la ley estatal se opone a la ley superior, tal como esta última se revela a nuestra conciencia. Cuando eso ocurre, es un deber moral desobedecer la ley positiva²³⁰.

Por otro lado, se basa en la misma teoría del derecho, en la cual se distinguen dos partes en cada ley, que él denomina sanción primaria y sanción secundaria. La sanción primaria es aquello que la norma manda, prohíbe o permite. La sanción secundaria es la pena para quien incumple la primera parte de la norma. El *satyagrahi* se somete a la ley, pero cumpliendo sólo con la sanción secundaria, es decir, sometiéndose al castigo impuesto por la autoridad

conciencia. Nosotros hemos clasificado esta segunda forma de actuación dentro del ámbito de la protesta. Finalmente, la resistencia activa incorpora la posibilidad de la violencia para repeler las órdenes de la autoridad. Se ubicaría, según nuestra clasificación, dependiendo de sus motivaciones, en el ámbito de la resistencia constitucional o en el de la acción rebelde, insurrecta o revolucionaria.

²²⁷ FREEMAN, Harrop, Op. Cit., p. 232.

²²⁸ FALCÓN Y TELLA, Op. Cit., p. 449.

²²⁹ *Ibíd.*

²³⁰ HAKSAR, Vinit. "The right to civil disobedience", Osgoode Hall Law Journal, Vol. 41, N° 2-3, 2003, p. 411.

para quien incumple la norma²³¹. Esto sería una prueba de la lealtad del *satyagrahi* con el sistema legal. Al mismo tiempo, el desobediente puede experimentar en carne propia el autosacrificio, lo cual a juicio de Gandhi genera un impacto político mayor que la evasión del castigo por parte del manifestante.

Después del éxito de Gandhi y del movimiento independentista indio, la práctica de la desobediencia civil como mecanismo de lucha se extendió en diversas partes del mundo. Ejemplos destacados de defensores de esta práctica política son el filósofo británico Bertrand Russel, quien la defendió como un mecanismo válido en el contexto del movimiento pacifista y antinuclear durante la Guerra Fría, y Martin Luther King, quien desarrolló exitosamente esta forma de protesta en el contexto de la lucha de los negros por los derechos civiles en Estados Unidos, durante la década de 1960.

Otro momento relevante para la historia de la desobediencia civil llegaría con el movimiento estudiantil en contra de la guerra de Vietnam, durante la década de 1960. Este movimiento utilizó y amplió los mecanismos ya utilizados por el movimiento de los derechos civiles. En todo caso, fue en ese contexto en el cual se realizaron los mayores esfuerzos intelectuales por conciliar esta práctica con las instituciones democráticas. Se podría decir que este es el punto de inflexión para la desobediencia civil, que pasó de ser considerada como una conducta criminal a una conducta amparada o tolerada (dependiendo del punto de vista) por el ordenamiento jurídico, al menos en los Estados Unidos. Los

²³¹ Véase: *Ibíd.*, pp. 409-410.

autores más influyentes que teorizaron sobre la desobediencia civil en dicho país son: John Rawls y Ronald Dworkin, en la tradición liberal, y Hannah Arendt, en la tradición republicana.

En Europa la desobediencia civil fue una de las formas de protesta utilizadas por el movimiento estudiantil de 1968, aunque en este caso fue combinada con diversos actos de resistencia. Recordemos que en la tradición jurídica europea existía precisamente el derecho de resistencia como paradigma de la lucha contra el poder ilegítimo, derecho en el cual muchos intentaron incorporar la desobediencia civil. También debe tenerse en cuenta la coyuntura revolucionaria de aquellos años, en virtud de la cual el debate estaba centrado no tanto en los alcances de la obligación política sino más bien en una cuestión de carácter estratégico: lucha armada o vía democrática para generar los cambios estructurales que la sociedad requería.

En este contexto, será decisiva la utilización de la desobediencia civil por parte del movimiento antinuclear de los años 70' y 80' en Alemania. Este último movimiento fue uno de los que suscitó la teorización de la desobediencia civil por parte de Jürgen Habermas, quien marcó a su vez un nuevo paradigma en el estudio de este fenómeno, en el contexto de su teoría de la acción comunicativa.

2. Concepto de desobediencia civil

De acuerdo a John Rawls la desobediencia civil es un “acto público, no violento, consciente y político, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas del gobierno”²³². Para que exista desobediencia civil en los términos anteriores, es necesario que se dé en el contexto de “un Estado democrático más o menos justo para aquellos ciudadanos que reconocen y aceptan la legitimidad de la constitución”²³³. Es decir, se trataría de ciudadanos que se mantienen dentro de los límites de la fidelidad a la ley. Al respecto, aclara el autor que “la fidelidad a la ley queda expresada por la naturaleza pública y no violenta del acto, por la voluntad de aceptar las consecuencias legales de la propia conducta”²³⁴. Es decir, al igual que en la visión de Gandhi, es necesario que el manifestante acepte el castigo impuesto por la sociedad; la evasión del castigo, desde esta perspectiva, le quitaría legitimidad a la desobediencia civil.

Esta definición ya paradigmática de la desobediencia civil ha enfrentado diversas críticas a lo largo de los años, la mayoría de ellas bastante ligadas a las críticas a su teoría de la justicia. Por ejemplo, se ha dicho que Rawls presupone una sociedad liberal y democrática desarrollada, con pleno respeto

²³² RAWLS, John. Op. Cit., p. 332.

²³³ Ibid., p. 331.

²³⁴ Ibid., p. 334.

de los derechos fundamentales, situación que no se da en muchas democracias occidentales, ni menos en un régimen autoritario²³⁵.

Asimismo, existen aspectos de la desobediencia civil que aún hoy generan polémica entre los diversos autores que la analizan, como, por ejemplo, la cuestión de si ella admite o no la realización de actos violentos o si los manifestantes deben acatar o no la sanción impuesta.

En la línea de Rawls, Carl Cohen, otro destacado teórico de la desobediencia civil, la define como una protesta pública e ilegal de carácter no violento²³⁶. Cohen también pone énfasis en el elemento del autosacrificio. El desobediente debería acatar, según esta visión, la sanción que se le imponga²³⁷. A este no se le debería tratar ni mejor ni peor que a cualquier persona que quebrante la ley²³⁸.

Otros autores prescinden del elemento sacrificial, enfocándose sólo en el aspecto de la no violencia. Así, por ejemplo, Harrop Freeman, para quien la desobediencia civil es una forma específica de coerción no violenta. La coerción

²³⁵ Por otro lado, tenemos la crítica habermasiana a la *Teoría de la justicia*, que cuestiona su supuesta separación formal entre una teoría de la justicia y las diversas teorías del bien, ignorando que una estrategia como ésta requiere necesariamente el entroncamiento con cierto ideario liberal. Entonces, o la teoría es demasiado débil para entroncarse con una realidad efectiva, o bien la teoría sólo funciona si presuponemos como justas las convicciones básicas latentes en una sociedad dada, que en este caso serían los Estados Unidos. Véase: HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Op. Cit., pp. 122 y ss.

²³⁶ “An act of civil disobedience is an illegal public protest, non-violent in character”. Véase: COHEN, Carl. *Civil disobedience and the law*, Rutgers Law Review, Vol. 21, 1966, p. 3. En una línea similar, Robert MCKAY define a la desobediencia civil como “a violation of law, without violence, based upon a substantial and honestly held conviction that the law as enacted or as applied offends some applicable higher standard”. Véase: MCKAY, Robert. *Protest and dissent: action and reaction*, Utah Law Review, 1966, p. 25.

²³⁷ *Ibíd.*, p. 6. Robert MCKAY también menciona el acatamiento voluntario de la sanción como un requisito de validez de la desobediencia civil. Véase: Op. Cit., p. 27.

²³⁸ *Ibíd.*, p. 7.

es, para este autor, el uso de la fuerza, ya sea física o intangible, para obligar a un individuo o grupo a realizar una acción contraria a su voluntad²³⁹. A la vez, la fuerza se definiría como el poder físico para generar un cambio en el mundo material o inmaterial²⁴⁰. El resto de los requisitos que usualmente le imponen los autores liberales a la desobediencia civil, aparecen aquí como secundarios, de carácter más bien estratégico. De hecho, el autor aboga por la validez jurídica de la desobediencia civil en cuanto ejercicio del derecho a la libertad de expresión (*freedom of speech*), establecido en la Primera Enmienda y señala que, incluso aunque no se considerara la desobediencia civil como el ejercicio de un derecho sino como la violación directa de una ley, la sanción debería ser solamente nominal²⁴¹.

En la doctrina española también se ha desarrollado profusamente el problema de la desobediencia civil. Así, en su exhaustivo trabajo, María José Falcón y Tella desarrolla un concepto más amplio –“formal”, según la autora– que los que hemos venido analizando. Y es que ella considera que los conceptos ortodoxos entre los cuales se ubica la mayoría de las definiciones liberales –como la de Rawls– faltan a la necesaria neutralidad que se requiere en el estudio del fenómeno²⁴².

²³⁹ “Coercion is the use of either physical or intangible force to compel action contrary to the will of the individual or group subjected to the force”. En: FREEMAN, Harrop. *The right of protest and civil disobedience*, Indiana Law Journal, Vol. 41, 1966, p. 229.

²⁴⁰ “Force we may define as physical power to effect change in the material and immaterial world”. *Ibid.*, p. 229.

²⁴¹ *Ibid.*, pp. 246-247.

²⁴² FALCÓN Y TELLA, María José. Op. Cit., pp. 26-29.

La autora define la desobediencia civil como “un acto con pretensiones de legitimidad (en el plano de los valores), de carácter ilícito, si bien dentro del sistema democrático (en el plano de las normas), que busca la eficacia de sus fines a través de distintos medios (en el plano de los hechos)”²⁴³. La excesiva amplitud de esta definición, sin embargo, obliga a la autora a repasar detalladamente cada uno de sus elementos.

Así, en el plano de los valores –lo que ella denomina el “para qué” de la desobediencia civil- lo que debe estudiarse es su justificación, su apelación a principios éticos²⁴⁴. En el siguiente acápite veremos cuáles son, según la autora, las vías para justificarla.

En el plano de las normas –“contra las que” se plantea la desobediencia²⁴⁵- esta se movería entre el consenso y el disenso. Citamos *in extenso*:

"Manifestación del disenso es el carácter de acto ilegal de la desobediencia civil, acto que tiene como objeto la infracción de normas jurídicas, y que puede poseer, en cuanto a la forma de la infracción, tanto carácter directo como indirecto. Manifestación del consenso es el carácter de la desobediencia civil como acto dentro del sistema democrático, lo cual se plasma, a su vez, en una serie de notas como son: la en principio aceptación voluntaria de las sanciones; su carácter de

²⁴³ *Ibíd.*, p. 28.

²⁴⁴ *Ibíd.*

²⁴⁵ FALCÓN Y TELLA, María José. *La desobediencia civil...*, Op. Cit., p. 28.

último recurso; su nota de excepcionalidad; y el carácter responsable de la desobediencia civil, del que es expresión la regla del menor coste posible y la proporcionalidad de la protesta”²⁴⁶.

Finalmente, en el plano de los hechos –el “cómo” de la protesta- sería, de acuerdo a la autora, un acto colectivo, público, en principio no violento, organizado y deliberado²⁴⁷.

Como se podrá apreciar, un aspecto distintivo de la definición de la profesora española es que le quita centralidad al elemento de la no violencia. Por eso sostiene que *en principio*, la desobediencia civil debe tener un carácter pacífico, pero si deriva en actos de violencia ello no implica que deje de tratarse de desobediencia civil (siempre y cuando la violencia sea una “consecuencia secundaria no deseada”²⁴⁸). Lo mismo ocurre con la aceptación de las sanciones, cuestión que no es nada pacífica en la doctrina y que ella sostiene como una obligación, también, sólo *en principio*.

Otro destacado profesor español, Ramón Soriano, precisa en el mismo sentido: “Los desobedientes son ciudadanos comprometidos... pero no héroes de unas causas difíciles o perdidas de antemano, como algunos quieren considerarlos”²⁴⁹.

²⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 28-29.

²⁴⁷ *Ibíd.*, p. 29.

²⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 68-69.

²⁴⁹ SORIANO, Ramón. *Op. Cit.*, pp. 33-34.

En todo caso, los elementos de la no violencia y la aceptación voluntaria de las sanciones no son los únicos que se discuten en la doctrina. También existe divergencia entre los diversos autores respecto de los tipos de desobediencia que se pueden considerar como un ejercicio válido de la desobediencia civil. Así, Cohen distingue una desobediencia directa y una desobediencia indirecta. Cuando la ley desobedecida es la misma ley contra la cual se protesta, la desobediencia es directa. Por ejemplo, cuando un estudiante de raza negra ingresa a un local que no permite personas de color. De su parte, la desobediencia indirecta es la desobediencia de una ley distinta de la que es objeto de protesta; por ejemplo, desobedecer la ley que impide ingresar a un determinado edificio gubernamental para protestar contra la política del gobierno. El autor –y, con él, la mayor parte de la doctrina- acepta como válida sólo la desobediencia directa²⁵⁰. Para Robert McKay el primer requisito que debe cumplir la desobediencia civil para ser válida es que lo que se objete de la ley sea una cuestión sustancial²⁵¹. Esto invalidaría de por sí la desobediencia indirecta, ya que, según el autor, “es generalmente inadmisibles violar una ley contra la cual no se ha hecho ninguna queja, como una forma de protestar en contra de la obligatoriedad de una ley o práctica diferente”²⁵². Es decir, si lo que se reclama es la injusticia de una ley, ¿por qué violar una ley que es perfectamente justa?

²⁵⁰ COHEN, Carl. Op. Cit., p. 4.

²⁵¹ MCKAY, Robert. Op. Cit., p. 26.

²⁵² En el original: “is ordinarily impermissible to violate a law against which no complaint is made, as a means of protesting against the enforcement of a different law or practice”. *Ibíd.*, p. 27.

El problema de esta visión es que deja fuera de la desobediencia civil actos que históricamente han sido considerados como ejemplos típicos de esta, como los *sit-ins* en edificios gubernamentales, el bloqueo del tráfico en las carreteras o básicamente cualquier actuación de carácter *simbólico* para protestar contra una ley diversa a la infringida²⁵³. Esta exclusión también dejaría afuera de la desobediencia civil aquellas protestas donde se infringe una ley para reclamar contra la *ausencia* de una ley o política.

Para Soriano, ambos tipos de desobediencia tendrían exactamente el mismo peso, ya que la desobediencia indirecta “obedece a razones coyunturales y de orden práctico, por no ser factible la violación de la norma objeto de la protesta o por ser más eficaz violar una norma distinta, que entrañaría una mayor publicidad”²⁵⁴. En el mismo sentido, Hannah Arendt sostiene que la desobediencia directa se podría homologar al caso en que un individuo pone a prueba la constitucionalidad de una ley²⁵⁵. Si bien esta puede ser una atractiva justificación jurídica de este tipo de protesta, no tiene mayor relevancia en el plano político, ya que lo que suele perseguirse con la desobediencia civil es precisamente la expresión de la oposición de un grupo respecto de las políticas del gobierno de turno y la publicidad de la causa. Para

²⁵³ En este sentido, Habermas señala: “las acciones de protesta sólo pueden tener carácter simbólico, incluso cuando suponen rupturas calculadas de las normas y que únicamente pueden llevarse a cabo con la intención de apelar a la capacidad de razonar y al sentido de la justicia de la mayoría”. Véase: HABERMAS, Jürgen. “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho”, en: *Ensayos políticos*, Barcelona, Ediciones Península, 1994, p. 54.

²⁵⁴ SORIANO, Ramón. Op. Cit., p. 34, n. 11.

²⁵⁵ ARENDT, Hannah. “Desobediencia civil” en: *Crisis de la República*, Madrid, Editorial Taurus, 1999, p. 63

Arendt sólo aquella desobediencia que es legalmente injustificable -como lo es, a su juicio, la desobediencia indirecta- tendría relevancia para el análisis político, porque sólo allí estaríamos frente a una colectividad organizada que buscaría expresar públicamente -incluso por medios ilegales- su oposición a la política del gobierno. En este sentido, habría que añadir a la publicidad el carácter inherentemente colectivo de este tipo de desobediencia²⁵⁶.

Bobbio también distingue los tipos de desobediencia, pero su apreciación es más flexible que la de los autores anglosajones. Para el autor italiano, es necesario distinguir entre las diversas formas de la desobediencia: 1) respecto de si es comisiva (hacer lo prohibido) u omisiva (no hacer lo que se manda); 2) si es individual o colectiva; 3) si es clandestina o pública; 4) si es pacífica o violenta; 5) si es parcial (cuando quiere cambiar sólo algunas normas) o total (cuando lo que se busca es cambiar todo el ordenamiento); 6) si es pasiva (cuando se acepta la sanción impuesta al desobediente) o activa (cuando el desobediente busca por todos los medios librarse de la pena)²⁵⁷.

La desobediencia civil, según Bobbio, es omisiva, colectiva, pública, pacífica, general pero no necesariamente parcial, y general pero no

²⁵⁶ *Ibíd.* Dice la autora: “Siempre que los letrados tratan de justificar al desobediente civil con un fundamento moral y legal, montan su caso sobre la base, bien del objetor de conciencia, bien del hombre que prueba la constitucionalidad de una ley. Lo malo es que la situación del desobediente civil no guarda analogía con ninguno de esos dos casos, por la sencilla razón de que él nunca existe como simple individuo; puede funcionar y sobrevivir sólo como miembro de un grupo”. Aquí Arendt ironiza con la imagen improbable (y ridícula) de un solo hombre violando las ordenanzas del tránsito.

²⁵⁷ Véase: “Desobediencia civil”, en: BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola. *Diccionario de Política*, México, Siglo XXI Editores, 1988, p. 536.

necesariamente pasiva²⁵⁸. La inclusión dentro de este abanico de posibilidades de la desobediencia con fines revolucionarios (aquella que busca generar un cambio total en el ordenamiento) nos indica que el autor acepta tácitamente la desobediencia civil indirecta, ya que dichos cambios revolucionarios implicarían el incumplimiento de una serie de leyes y ordenanzas, en contraste con la desobediencia parcial que podría llevarse a cabo perfectamente incumpliendo aquellas leyes que se consideran intrínsecamente injustas. Esta idea se ve reforzada por el hecho de que Bobbio considere la desobediencia civil dentro de las formas de ejercicio del derecho de resistencia²⁵⁹ (lo que en este trabajo hemos denominado "derecho de resistencia en sentido amplio").

Con la desobediencia civil ocurre un fenómeno que no es inusual en las ciencias sociales, a saber, el intento teórico de reducir una práctica social dentro de una definición abstracta, en vez de elaborar la definición del concepto a partir de su desarrollo efectivo. Por cierto, toda definición requiere un nivel de abstracción, porque busca ordenar y clasificar aquello que en la realidad vital aparece en desorden, de manera generalmente espontánea. El problema es que, en el caso de la desobediencia civil, muchos autores la han ido llenando de requisitos, moldeándola a sus propios deseos y expectativas, y obviando cómo ella se presenta en la práctica. Y es que, como el resto de las formas de protesta que hemos analizado, la desobediencia civil es una institución dinámica, convencional, situada en un contexto político e histórico determinado.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 537.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 536.

Por ello, consideramos que son preferibles las definiciones más flexibles y amplias, aunque la definición formal de Falcón y Tella parece ser demasiado vaga. En esta línea, nos parece más acertada la definición de Ramón Soriano:

"La desobediencia civil (...) consiste en el acto público y no violento de desobediencia a determinadas normas del ordenamiento jurídico por un motivo de justicia, manifestada públicamente, con el objeto de provocar un cambio legislativo o de la orientación política, una vez perdida la fe en la eficacia de otros procedimientos jurídicos ordinarios"²⁶⁰.

En definitiva, los elementos clave de la desobediencia civil son: la ilegalidad, la publicidad, su carácter esencialmente no violento (aunque puedan sobrevenir actos de violencia una vez desarrollada), su carácter generalmente colectivo (aunque podría darse eventualmente una desobediencia individual) y su pretensión de *legitimidad* democrática. La distinción entre desobediencia civil directa e indirecta no sería una cuestión esencial sino meramente coyuntural o estratégica. Tampoco sería relevante para la definición de la desobediencia civil la aceptación voluntaria de las sanciones, por mucho que la mayoría de los autores la recomienden como una forma de generar un mayor impacto político. Respecto de la motivación de la desobediencia, no vemos por qué ella no podría buscar la realización de cambios revolucionarios en el sistema

²⁶⁰ SORIANO, Ramón. Op. Cit., p. 28

(pensemos que el mismo Gandhi la utilizó en el marco de una estrategia altamente revolucionaria).

En vista de todo ello, entenderemos aquí a la desobediencia civil como una forma de protesta²⁶¹ que tiene como objeto generar un cambio legislativo o en la política gubernamental mediante la infracción de una o varias normas del ordenamiento jurídico. Es decir, se trata de una protesta ilegal. Nuestro problema consiste en determinar ahora si este tipo de protesta puede llegar a ser *legítima*.

3. Justificaciones de la desobediencia civil

De acuerdo a Falcón y Tella la desobediencia civil puede justificarse en el plano de los valores mediante tres vías²⁶². En primer lugar, la vía iusnaturalista, que considera a la desobediencia civil como obediencia a una ley superior. Este argumento es común en el debate estadounidense sobre la desobediencia. Además, era la postura de Gandhi y Martin Luther King²⁶³.

Segundo, se puede hacer una justificación desde el relativismo ético, que considera que el único imperativo moral que el ser humano debe obedecer es su propia conciencia. Por ende, la desobediencia civil debería tolerarse como una expresión o desarrollo de la conciencia individual.

²⁶¹ Recordemos que habíamos definido la protesta como una manifestación pública y esencialmente no violenta del disenso.

²⁶² FALCÓN Y TELLA, María José. *Derechos humanos y desobediencia a la ley*, Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos), Vol. 13, 2009, p. 295.

²⁶³ Un buen resumen (y crítica) de este argumento se puede encontrar en: COHEN, Carl. Op. Cit., pp. 10-12.

Finalmente, cabe hacer una justificación utilitarista, es decir, fundamentada en el bien público de la mayoría. Si la desobediencia civil genera utilidad para el mayor número, entonces se encontraría justificada.

Estas formulaciones son relevantes, pero no agotan todas las posibles vías de justificación de la desobediencia civil en el plano de los valores. Por otro lado, más que la posible motivación ética que puedan tener los desobedientes, lo que nos preocupa aquí es la justificación ético-política que pudiera darle validez a la desobediencia civil en el marco de una democracia constitucional.

Es preciso recordar aquí que la democracia constitucional se basa en el encuentro de dos elementos legitimadores. En primer lugar, el elemento democrático, sustentado en el ideal de la autonomía o autodeterminación política²⁶⁴. En segundo lugar, el constitucionalismo, ideología de la limitación del poder, limitación que se lleva a cabo mediante la separación de los poderes estatales y la garantía de los derechos fundamentales. Algunos autores sostienen que entre estos dos bloques conceptuales –el bloque democrático y el bloque constitucionalista- existiría una tensión²⁶⁵. De hecho, se podría ir más allá y sostener que el mismo constitucionalismo parece atravesado por otra contradicción no menor, entre los llamados derechos de libertad y los derechos sociales.

²⁶⁴ Véase: KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Ediciones Guadarrama, 1977, pp. 15-28.

²⁶⁵ Véase: SALAZAR, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2006, pp. 48-49.

Lo cierto es que, respecto de la desobediencia civil, la justificación será radicalmente distinta dependiendo de la mirada que el autor tenga sobre la democracia constitucional. Así, algunos enfatizarán la cuestión de los derechos fundamentales y otros la cuestión de la participación política en el marco de un gobierno democrático. En este punto nos guiamos por Arato y Cohen, quienes distinguen entre una justificación liberal de la desobediencia civil, centrada en los derechos fundamentales, y una justificación democrática de la misma. Al primer grupo pertenecerían John Rawls y Ronald Dworkin (así como la mayoría de los autores de la tradición anglosajona). Al segundo grupo, pertenecerían Hannah Arendt y Jürgen Habermas²⁶⁶. Sin embargo, también agregaremos como puntos intermedios a Peter Singer, que desarrolla el problema desde una teoría de la participación política, y a Michael Walzer, que desarrolla el problema desde una teoría de los deberes morales²⁶⁷.

3.1. El modelo liberal: Rawls y Dworkin

Repasemos primero la posición de Rawls. Para él, la desobediencia civil se justifica en el marco de la teoría de la justicia, una teoría compleja que, entre

²⁶⁶ Véase: ARATO, Andrew y COHEN, Jean. *Sociedad civil y teoría política*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, pp. 637-674.

²⁶⁷ Es preciso acotar que la diferencia entre los polos liberal y democrático debe ser matizada. Y es que los autores llegan a conclusiones muy parecidas a pesar de partir de caminos diversos. En este sentido, los que hemos denominado puntos intermedios reflejan esta imbricación. Así, un utilitarista liberal, como Singer, le otorga preponderancia al paradigma participativo. Por otra parte, un filósofo comunitarista, como Walzer, si bien se refiere al tema desde una óptica de grupos (la lucha vendría dada entre el grupo mayor -el Estado- y el grupo menor de desobedientes), su tratamiento del grupo sigue bajo la lógica "privados versus Estado", y no se conecta necesariamente con una justificación pública y democrática de la desobediencia civil, ya que podría aplicarse perfectamente en otro régimen político.

muchas otras cosas, reconstruye los principales argumentos e ideales que sustentaban el contractualismo, en el marco de una sociedad democrática contemporánea. En ese contexto, la desobediencia civil tiene plena cabida solamente cuando se hayan producido graves infracciones de los principios de justicia que sostienen el sistema. ¿Cuáles son estos principios? El primer principio de justicia es el principio de igual derecho a las libertades básicas, que para el autor son los derechos civiles y políticos²⁶⁸. El segundo principio es el llamado *principio de diferencia*, que sostiene que las desigualdades sociales y económicas “habrán de disponerse de tal modo que sean tanto a) para el mayor beneficio de los menos aventajados, como b) ligadas con cargos y posiciones asequibles a todos en condiciones de justa igualdad de oportunidades”²⁶⁹.

Entonces, ¿cuándo se justifica la desobediencia civil? Cuando se cometen infracciones al primer principio de justicia y a la segunda parte del segundo principio²⁷⁰. En síntesis, la desobediencia civil sólo se justificará cuando existan graves infracciones a los derechos civiles y políticos, y cuando se vulnere la igualdad de oportunidades.

Para Rawls, la desobediencia civil funciona como un mecanismo defensivo de las minorías que han visto vulnerados sus derechos básicos. En este sentido, el autor la promueve como un *derecho* dentro de una sociedad ordenada y casi justa. Pero su defensa es restringida, porque se circunscribe

²⁶⁸ RAWLS, John. Op. Cit, pp. 67-69.

²⁶⁹ *Ibid.*, p. 88.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 338.

sólo a determinados derechos. Así, no sería válido utilizar este derecho para reclamar por la injusta distribución de la riqueza o de los bienes sociales, por lo que pareciera ser un mecanismo conservador, más que innovador. Como dicen Arato y Cohen: “Funciona como un correctivo y como un instrumento estabilizador. Despierta a las mayorías que se han desviado y devuelve el sistema legislativo al *statu quo ante*”²⁷¹.

O sea, en esta visión la desobediencia civil no genera cambios sociales sino que los previene. Esto sugiere una visión rígida y estática de la separación entre lo público y lo privado, o entre el Estado y la sociedad civil. Sin embargo, este marcado dualismo es matizado con la idea de que la desobediencia civil “apela al *sentido* de justicia de la mayoría de la comunidad”²⁷². En este sentido, Rawls es tajante: “El último tribunal de apelación no es un tribunal, ni el ejecutivo, ni la asamblea legislativa, sino el electorado en su totalidad”²⁷³. De esta manera, se da a entender que la interpretación de la constitución política debe quedar en manos del pueblo, lo que le entrega dinamismo al sistema democrático.

Se podría decir que ahí donde llega Rawls, Dworkin inicia su indagación respecto de la desobediencia civil. Si para Rawls la valoración de la desobediencia civil depende demasiado del consenso original de la sociedad, en Dworkin tenemos un concepto más abierto de constitución.

²⁷¹ ARATO y COHEN. Op. Cit., p. 646.

²⁷² *Ibid.*, p. 647.

²⁷³ RAWLS, John. Op. Cit., p. 354.

Recordemos que en su libro fundamental *Los derechos en serio*, el autor elabora una compleja teoría del derecho y la adjudicación que desafía la concepción tradicional del positivismo jurídico. Según Dworkin, el positivismo sostiene, a grandes rasgos, que el derecho se agota en un conjunto de normas, de modo que si las normas jurídicas no cubren un caso determinado, al juez no le queda otra alternativa que fallar conforme a su discreción. Dworkin, en cambio, propone un sistema de derecho donde, al faltar las normas aplicables al caso, el juez debe echar mano a los principios, o, mejor dicho, donde los principios están *integrados* en el sistema de normas. Estos principios son los derechos morales que tiene el ciudadano respecto del Estado, que para el autor se deben ubicar en el centro del sistema jurídico y no separados de éste.

En el modelo de Dworkin, el juez nunca recurre a su discreción, sino que falla siempre dentro del sistema de derecho. Ahora bien, cuando se suscita un caso difícil el autor sostiene que el juez debe fallar conforme a una teoría general de la política que sea coherente con los principios del sistema jurídico. Esto requiere, por cierto, de una compleja hermenéutica, lo que da cuenta de un sistema de derecho bastante dinámico, abierto a la innovación y a la evolución política.

En este contexto, su teoría de la obligación política difiere sustancialmente del pensamiento tradicional. Para él, si efectivamente sostenemos que los ciudadanos tienen derechos morales contra el gobierno, entonces cuando éste los vulnera mediante una ley u ordenanza, el ciudadano

actúa conforme a su derecho si infringe dicha normativa²⁷⁴. Asimismo, cuando el derecho no es claro –lo que en el sistema de Dworkin significa que se pueden defender varias posiciones interpretativas igualmente válidas de éste, a la luz de los principios constitucionales- “el ciudadano puede seguir su propio juicio incluso después de una decisión en contrario de la suprema instancia competente”²⁷⁵. Condenarlo sería, por ende, un acto de injusticia.

Este modelo presenta como ventaja sobre el modelo de Rawls el hecho de que funda sus principios de justicia en una realidad concreta; la constitución no refleja solamente cuestiones de justicia abstracta, sino que es el reflejo de la “moralidad comunitaria”, ya que ésta es “la moralidad política que presuponen las leyes y las instituciones de la comunidad”²⁷⁶.

Esto revitaliza los principios de justicia, y es por eso que puede afirmarse, con Arato y Cohen, que en el modelo de Dworkin “no puede existir un momento en el que uno pueda decir que todos los derechos fundamentales están establecidos y protegidos, porque el propio significado, interpretación y rango de los derechos fundamentales se desarrolla en el transcurso del tiempo”²⁷⁷.

Sin embargo, aquí aparece un nuevo escollo: ¿cómo sabemos cuándo están en juego los derechos? Dworkin efectúa una clara distinción: “Los

²⁷⁴ Véase: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Op. Cit., pp. 279-302.

²⁷⁵ *Ibíd.*, p. 310.

²⁷⁶ *Ibíd.*, p. 203. Para entender a cabalidad este aserto es preciso remitirse a la explicación de la teoría de la adjudicación del hipotético juez Hércules, juez-modelo que integraría en su interpretación normativa el complejo entramado político y moral que sustenta el derecho, en: pp. 176-198.

²⁷⁷ ARATO y COHEN. Op. Cit., p. 649.

argumentos de principio se proponen establecer un derecho individual; los argumentos políticos se proponen establecer un objetivo colectivo. Los principios son proposiciones que describen derechos; las políticas son proposiciones que describen objetivos²⁷⁸. La diferencia entre ambos estriba en que los derechos son finalidades políticas individualizadas, mientras que los objetivos son finalidades políticas genéricas o indeterminadas²⁷⁹. Un ejemplo de los primeros sería la libertad de expresión; un ejemplo de los segundos la justa distribución de la riqueza.

La desobediencia civil tendría su fundamento sólo en la infracción de derechos. Claramente, estos serían ampliables y modificables. Además, nada impediría que un manifestante recondujera lo que en principio es un objetivo colectivo, como la justa distribución de la riqueza, a una finalidad política individualizada, lo que sería un derecho social a recibir una pensión estatal (con finalidades redistributivas). Sin embargo, este ejemplo demuestra que la diferenciación tajante entre derechos y objetivos colectivos se complica cuando reconocemos la existencia de los derechos sociales y económicos, que a primera vista son estructuralmente más cercanos a los segundos que a los primeros. En todo caso, puede resultar discutible que para fundamentar la desobediencia civil sea un imperativo que ella se exprese sólo en el lenguaje de los derechos, lo que presupone un modelo liberal de la misma.

²⁷⁸ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 158.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 159.

Asimismo, es discutible la estrategia de homologar la desobediencia a los casos de derecho dudoso, figura que en realidad es coincidente con los llamados casos de prueba (*test cases*). Esto nos lleva a la crítica que hacía Hannah Arendt a la doctrina mayoritaria respecto a la desobediencia civil, que tomaba como únicos ejemplos el caso del objetor de conciencia y el del individuo que intenta probar la constitucionalidad de la ley, ignorando o tomando a la ligera dos aspectos sustanciales de la desobediencia civil: su carácter eminentemente colectivo y su abierta contradicción con el derecho vigente.

3.2. La visión de Peter Singer

También desde la perspectiva liberal, pero con un enfoque distinto, Peter Singer analiza la naturaleza de la obligación política y sus límites. En primer lugar, destaca el hecho de que, para Singer, la obligación política no es una obligación absoluta, sino que debe ser entendida como “una obligación a la cual se le ha de dar cierto peso”²⁸⁰. Es decir, se trata de una obligación *prima facie*, que podría ser incumplida en determinadas circunstancias.

Sin embargo, para llegar a ese punto –al punto en que existe efectivamente una obligación política en el sentido expuesto- es preciso contrastar diversos modelos puros de asociación política. Mediante una situación hipotética, el autor compara un régimen autoritario, una oligarquía y un

²⁸⁰ SINGER, Peter. *Democracia y desobediencia*, Barcelona, Ariel, 1985, p. 15.

sistema con democracia directa, para determinar cuáles son, en cada uno, los fundamentos de la obligación a obedecer las normas dadas por la asociación.

Sólo en el tercero, a juicio del autor, existiría una verdadera obligación política, en virtud de que en él las decisiones se toman basándose en un *compromiso justo*. De hecho, el autor dice que este modelo es “el paradigma de un compromiso justo”²⁸¹. La justicia del compromiso no tiene nada que ver con la eventual justicia de las decisiones, sino con la justicia del *proceso* de toma de decisiones²⁸². Es decir, al igual que Rawls, el autor aboga por una justicia puramente procesal. Dicho proceso es justo en la medida en que es igualitario para todos los integrantes (todos tienen igual acceso, igual peso, y sólo tienen que renunciar al mínimo de autonomía) y que se desenvuelve en forma pacífica.

Esta idea de una justicia puramente procesal, sin embargo, es matizada por el mismo autor, quien señala que “debemos subrayar la importancia de que el sistema no sólo sea justo, sino también de que funcione con justicia, es decir, que la mayoría no use sus votos para poner constantemente en situación de desventaja a la minoría”²⁸³.

Ahora bien, ¿en qué sentido puede decirse que el individuo puede verse *obligado* a obedecer? Para Singer, quien participa en la toma de decisiones sí se ve vinculado a las decisiones que se tomen, y no solamente *prima facie*. Por

²⁸¹ *Ibíd.*, p. 40.

²⁸² Véase: pp. 52-53.

²⁸³ *Ibíd.*, pp. 54-55.

ende, podemos decir que el criterio definitorio de la obligación política sería el *nivel de participación*. Pero, ¿vale esto también para el disidente?

Aquí la respuesta es más compleja. Para Singer, en el caso del disidente en un modelo de compromiso justo, que ha tenido la oportunidad de participar en la toma de decisiones, existiría un “cuasi-consentimiento”. Esto quiere decir que “no es un consentimiento real, pero (...) da origen a obligaciones como si lo fuera”²⁸⁴.

Para Singer, si el disidente ha tenido participación en la toma de decisiones “se ha conducido de manera tal como para inducir a la gente a que crea razonablemente que él aceptaba el proceso democrático como un medio adecuado de resolver el problema”²⁸⁵.

Esto puede ser ilustrado con la figura jurídica del *estoppel*, equivalente anglosajón a la doctrina de los actos propios en el caso del mandato. Si yo di a entender que soy representante de A, entonces A queda obligado a cumplir los pactos que yo he realizado en su nombre²⁸⁶. Por eso, quienes no creen en el sistema suelen llamar a no participar de ninguna forma en él, por ejemplo no asistiendo a las votaciones.

Ahora bien, si esto es realmente así, la pregunta remanente es: ¿existirá de todas formas alguna razón para desobedecer las normas o políticas gubernamentales? El autor repasa diversos argumentos que se esgrimen para

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 57.

²⁸⁵ *Ibid.*, p. 59.

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 61.

justificar las diversas formas de desobediencia, sometiéndolos a una crítica profunda. Así, los argumentos que justifican la desobediencia son: 1) la vulneración de derechos de las minorías, 2) la publicidad de las voces disidentes, 3) la desobediencia como alegato de reconsideración de las decisiones por parte de la mayoría. Singer acepta estos argumentos sólo parcialmente. Por ejemplo, en la primera hipótesis sólo acepta la desobediencia cuando se trata de derechos esenciales para el mantenimiento del sistema democrático (rechazándola cuando los derechos no son esenciales). Estos derechos esenciales son los que hacen posible la democracia en cuanto “compromiso justo”²⁸⁷. Es decir, se mantiene en el ámbito puramente procesal, lo que coincide a su vez con la interpretación liberal de la desobediencia civil, acotada a los derechos civiles y políticos.

Respecto de la segunda hipótesis, Singer la acepta también con restricciones, en cuanto sea no violenta (como una forma de persuadir a la mayoría), haya habido efectivamente una falta de información, y los desobedientes acepten el castigo impuesto por la sociedad.

Respecto de la tercera hipótesis, Singer la acepta pero sólo mientras no exista una decisión definitiva de la mayoría respecto del problema (por ejemplo, mediante referéndum). Eso sí, polemiza con los argumentos rawlsianos que la defienden²⁸⁸.

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 73.

²⁸⁸ Véase: pp. 94-102.

Una vez realizado todo este ejercicio, el autor contrasta su modelo de democracia directa con la democracia representativa, para dilucidar si se sostiene la obligación política en los términos absolutos que él ya ha señalado. Su respuesta es afirmativa, pero sólo cuando se mantiene una amplia participación del pueblo en el sistema. Por eso, al contrastar la teoría democrática con las democracias actuales (y eso lo hace valiéndose de los diagnósticos sociológicos de Schumpeter y Dahl) llega a la conclusión de que en la actualidad la desobediencia civil se justificaría plenamente, debido a que las democracias occidentales no estarían representando un compromiso justo.

3.3. La perspectiva comunitaria de Michael Walzer

Más cercano a la teoría de la democracia -se lo ha calificado a menudo como representante del comunitarismo- Michael Walzer coincide con Singer en que la obligación política es una obligación *prima facie*. Esto no significa nada más que la necesidad de que cualquier desobediencia sea siempre justificada²⁸⁹. Walzer no indaga en los contenidos que podría tener dicha justificación, sino que analiza las motivaciones que generalmente tienen aquellos que desobedecen.

Lo primero que el autor nota es que la desobediencia moral, religiosa o políticamente motivada, “casi siempre es un acto colectivo, y se justifica por los

²⁸⁹ WALZER, Michael. “The obligation to disobey”, *Ethics*, Vol. 77, 1967, N° 3, p. 170.

valores de la colectividad y los compromisos mutuos de sus miembros”²⁹⁰. Estos compromisos para con el grupo sólo se contraen realmente cuando la membresía del desobediente es voluntaria²⁹¹.

Walzer toca aquí un punto clave. El problema de la desobediencia no es meramente un problema de derechos. Es un problema de deberes. Supongamos que las obligaciones para con el grupo chocan con las obligaciones para con un grupo más grande; a saber, el Estado (que subsume y cobija al resto de los grupos que conforman la sociedad). Entonces y sólo entonces puede surgir en el miembro del grupo un *deber* de desobedecer las leyes o normativas del Estado²⁹².

Para el autor, lo que se juega con la desobediencia no es otra cosa que el problema de la soberanía. Los desobedientes se enfrentan a la idea de la supremacía de la sociedad grande (el Estado) respecto de los miembros de su sociedad más pequeña. Se consideran, por el contrario, miembros *parciales* del Estado. O como puntualiza líricamente el autor: “parciales emigrantes, parciales extranjeros, parciales rebeldes”. Más aún, la mera existencia de este tipo de personas “nos debería llamar la atención respecto de la definición típica de la

²⁹⁰ “Disobedience, when it is not criminally but morally, religiously, or politically motivated, is almost always a collective act, and it is justified by the values of the collectivity and the mutual engagements of its members”. *Ibíd.*, p. 163.

²⁹¹ *Ibíd.*, p. 165.

²⁹² *Ibíd.*, p. 167.

ciudadanía, según la cual ella entraña un compromiso absoluto (o como se dice a veces, “ante Dios”) de obedecer las leyes”²⁹³.

Nótese que el autor limita su análisis a los grupos sólo parcialmente rebeldes, los que hacen reclamos parciales al Estado. No se refiere, por tanto, a los revolucionarios. En la hipótesis prevista por Walzer, los desobedientes reconocen la supremacía estatal en cuanto ella no choque con las creencias y compromisos adquiridos por el grupo. Si el Estado moderno se conforma sobre la base del reconocimiento o la tolerancia de los diversos grupos que lo integran, entonces tiene un deber de respetarlos, lo que debería inhibirlo de criminalizar a quienes desobedecen sus leyes por motivos morales, políticos o religiosos.

Según la objeción usual, esta política permisiva podría llevar al caos. Sin embargo, a la típica pregunta -¿qué ocurre si la desobediencia se generaliza?- la respuesta de Walzer es: nada. Si todos integran la secta, la secta se convierte en el Estado. Si todos ingresan a sectas distintas, la tolerancia religiosa se convierte en una necesidad común²⁹⁴.

Estas ideas deben entroncarse con los argumentos contractualistas que justifican la existencia del Estado. En una teoría contractualista como la de Locke, sostiene Walzer, el pacto político sólo tiene validez si el individuo puede

²⁹³ “They are, then, partial members; they are simultaneously partial emigrants, partial aliens, partial rebels. The very existence of such people... ought to call into question the conventional definition of citizenship as involving an absolute commitment (it is sometimes said, “under God”) to obey the laws”. *Ibíd.*, p. 170.

²⁹⁴ *Ibíd.*, p. 171.

en cualquier momento retirarse del pacto. Si se admite el origen contractual de la democracia moderna, entonces el Estado debe ser considerado como una “opción” y por ende se deben admitir los diversos grupos disidentes en su interior²⁹⁵.

3.4. El modelo democrático: Arendt y Habermas

Al igual que Walzer, Hannah Arendt comienza su análisis desde la *dimensión colectiva* de la desobediencia civil. Para ella, se trata siempre de “minorías organizadas unidas por una opinión común más que por un interés común y por la decisión de adoptar una postura contra la política del Gobierno”²⁹⁶. Sin embargo, Walzer veía el asunto con una óptica más individualista ya que su perspectiva buscaba los motivos que podría tener un individuo para obligarse con un grupo determinado, y además contraponía la sociedad pequeña con la sociedad grande (el Estado) como si ellas pertenecieran a esferas completamente distintas. No me refiero con esto a que debamos suprimir la separación entre lo público y lo privado, sino que cuando un individuo decide participar en actos de protesta no está pensando sólo en dos lealtades que se contraponen, sino en cómo realizar una mejora en el conjunto del sistema. El manifestante se cree integrado en el sistema y no “parcialmente extranjero”.

²⁹⁵ Walzer sostiene: “The state can only be regarded as a choice, then, if the possible legitimacy of counter groups of a limited sort is admitted”, p. 172.

²⁹⁶ ARENDT, Hannah. “Desobediencia civil”, en: *Crisis de la República*, Editorial Taurus, Madrid, 1999, p. 64.

En esta línea de pensamiento, Arendt sostiene que la postura de los desobedientes no tiene tanto que ver con cuestiones religiosas o relacionadas con la libertad de conciencia, sino que tiene directa relación con el problema de la participación política (tal como veíamos en el análisis de Singer):

"La desobediencia civil surge cuando un significativo número de ciudadanos ha llegado a convencerse o bien de que ya no funcionan los canales normales de cambio y de que sus quejas no serán oídas o no darán lugar a acciones ulteriores, o bien, por el contrario, de que el Gobierno está a punto de cambiar y se ha embarcado y persiste en modos de acción cuya legalidad y constitucionalidad quedan abiertas a graves dudas"²⁹⁷.

Para diferenciarla de la desobediencia común, Arendt destaca algunos aspectos importantes de la desobediencia civil, como la publicidad, o el hecho de que es motivada por principios altruistas, o su carácter no violento. Sin embargo, objeta la idea de su carácter supuestamente "no revolucionario". Al contrario, ella ve en la desobediencia civil una profunda voluntad de cambio social: "La ley puede, desde luego, estabilizar y legalizar el cambio, una vez que se haya producido, pero el cambio es siempre el resultado de una acción extralegal"²⁹⁸.

²⁹⁷ *Ibíd.*, p. 82

²⁹⁸ *Ibíd.*, p. 87.

Con esta potente frase, Arendt nos puede llevar a develar el núcleo de los problemas que hemos venido analizando en este trabajo. La acción política supera el ámbito de lo legal; la acción política democrática no puede entenderse como un esquema estático de producción de normas, sino como un esquema dinámico. No sólo se juega aquí el problema de la soberanía, como señalaba Walzer; la desobediencia civil sirve para poner en *crisis* el concepto tradicional de ley y su relación con la sociedad democrática.

Provocativamente, de hecho, Arendt contrapone el concepto tradicional de ley con el concepto *americano* de ley. En el concepto tradicional de ley el argumento usual es que “en una democracia tenemos que obedecer la ley porque poseemos derecho a votar”²⁹⁹. Pero en la visión americana –basada, según la autora, en el contractualismo horizontal de Locke- la obediencia se basa en el *asentimiento* del ciudadano. Esto significa básicamente que, mientras antiguamente el pueblo tenía derecho a actuar sólo cuando se lo encadenaba, tras este verdadero cambio de paradigma el pueblo tiene el derecho de “impedir el encadenamiento”³⁰⁰.

Según Arendt –y en esto coincide con Walzer- un sistema que realmente tenga esas características no puede agotarse en el consentimiento tácito. Un consentimiento tácito no es necesariamente un consentimiento voluntario. Para que sea verdaderamente voluntario se requiere que el disentimiento sea también “una posibilidad legal y de facto” para el ciudadano que pertenece al

²⁹⁹ *Ibíd.*, p. 92.

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 95.

pacto político: “El disentimiento implica el asentimiento y es la característica del gobierno libre. Quien sabe que puede disentir sabe que, de alguna forma, asiente cuando no disiente”³⁰¹.

Ese disentimiento –o en nuestros propios términos, disenso- se encontraría en la base de la constitución americana. En la línea de Tocqueville, la autora identifica el fundamento de la democracia estadounidense con el asociacionismo. Para ella, quienes ejercen la desobediencia civil no son otra cosa que los últimos ejemplos de esas asociaciones voluntarias que conformaron, en cierta manera, el *humus*, la tierra fértil de la cual surgió la democracia americana.

Sin embargo, el excesivo particularismo de esta visión le impide identificar la verdadera dimensión de este cambio de perspectiva respecto del disenso. Se trataría más bien de un cambio que opera en el núcleo mismo del Estado moderno y no sólo en los Estados Unidos. Y es que en todo el mundo occidental se ha ido generando un cambio paulatino en la relación entre los gobernantes y los gobernados. Esto queda perfectamente claro en el análisis iusfilosófico de Jürgen Habermas.

En un famoso artículo³⁰², publicado en el contexto de los enfrentamientos entre el movimiento pacifista y antinuclear con el gobierno de la RFA, el filósofo alemán propone una justificación democrática de la desobediencia civil.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 95.

³⁰² HABERMAS, Jürgen. “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho”, en: *Ensayos políticos*, Op. Cit., pp. 51-71.

Basándose en las ideas de Rawls, pero desde una perspectiva de marcado carácter continental, el autor sostiene que en el análisis de la desobediencia civil no nos podemos basar exclusivamente en la legalidad positiva. Habermas se toma en serio la propuesta ilustrada, según la cual los ciudadanos deben aceptar el ordenamiento jurídico no por temor a las sanciones, sino por libre voluntad. Es lo que llama el autor “la pretensión de legitimidad insólitamente elevada del Estado de derecho”³⁰³. Para que se dé este proceso no basta con lo que Habermas denomina “legitimación procedimental” de las normas. Al contrario:

"La Constitución ha de justificarse en virtud de unos principios cuya validez no puede depender de que el derecho positivo coincida con ella o no. Por este motivo, el Estado constitucional moderno sólo puede esperar la obediencia de sus ciudadanos a la ley si, y en la medida en que, se apoya sobre principios dignos de reconocimiento a cuya luz, pues, pueda justificarse como legítimo lo que es legal o, en su caso, pueda comprobarse como ilegítimo"³⁰⁴.

Esto quiere decir que no sólo el mecanismo formal de producción de normas debe apoyarse en ciertos principios, como la elección democrática de los representantes o la discusión pública de las leyes en el Congreso, sino que las mismas leyes del Estado democrático deben cumplir con ciertos contenidos

³⁰³ *Ibid.*, p. 57.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 58.

mínimos. En otras palabras, deben partir de proposiciones susceptibles de generalización o universalización en el sentido kantiano. Sólo así el ciudadano podrá hacer *suyas* las normas generadas por el ordenamiento, cumpliéndose el ideal democrático de la autonomía política. En el decir de Habermas, el Estado democrático no exige de sus ciudadanos una obediencia incondicional, sino una obediencia “cualificada” a sus leyes³⁰⁵.

Sin embargo, todavía se puede criticar esta visión desde la misma teoría democrática. Al respecto, podemos preguntarnos, ¿los desobedientes no estarán pecando de elitismo? Incluso si admitimos la desobediencia civil en el marco de las democracias actuales –como hace Singer- en una situación donde sí exista un “compromiso justo”, en una democracia directa o radical, ¿se justificará igualmente la desobediencia? Y si la respuesta es afirmativa, ¿ella se justificará en virtud del discurso de los derechos o del mismo discurso democrático?

Para resolver estas interrogantes, Arato y Cohen indagan en el modelo rousseauiano y luego lo comparan con las ideas de Habermas. Dicho modelo, y en esto se parece al modelo kantiano que criticamos en el primer capítulo, pareciera rechazar tácitamente la desobediencia civil. Dice Rousseau que “para que el pacto social no sea una fórmula inútil, encierra tácitamente este compromiso que por sí solo puede dar fuerza a todos los demás: que quienquiera que se niegue a obedecer la voluntad general será obligado a ello

³⁰⁵ *Ibíd.*, p. 58.

por todo el cuerpo. Esto significa tan sólo que se lo obligará a ser libre”³⁰⁶. Poderosa frase que ha sido constantemente malinterpretada. El problema que ella contiene no es que tienda sin más al totalitarismo, como algunos indican. Rousseau sólo busca una justificación a la existencia del Estado, una justificación que no descansa en la teología sino en la libertad de los propios individuos constituidos no ya en súbditos sino en ciudadanos. Si no hubiera un principio de obediencia al derecho, el pacto social no podría sostenerse.

Entonces, ¿cuál es el problema? Que incluso en este modelo ideal las decisiones de la asamblea versarán sobre materias controvertidas, por lo que siempre cabe la posibilidad de que la mayoría oprima a la minoría o que la mayoría se equivoque promulgando leyes injustas. El problema radica entonces en que la realidad humana siempre es más compleja que la teoría, y por mucho que todos los sujetos sean racionales, la razón no siempre es unívoca.

Además, el principio de obediencia a la voluntad general descansa en la confusión entre sociedad civil y sociedad política, ya que “el modelo de Rousseau... tiene un telos de desdiferenciación. Tiende a fusionar la moralidad y la política en una concepción de la virtud cívica que no da lugar a desafiar lo que colectivamente ha sido considerado como surgido de un punto de vista moral”. Así, para esta visión, la desobediencia “sería injusta y antidemocrática porque no hay ninguna moral fuera de la virtud cívica o del bien común”³⁰⁷. Es decir, en este modelo teórico de una democracia sin exclusiones el único

³⁰⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003, p. 50.

³⁰⁷ ARATO, Andrew y COHEN, Jean. Op. Cit., p. 663.

corolario posible es el mandato de obediencia irrestricta a la voluntad general planteado por Rousseau, noción que luego Kant aplicaría a su modelo de Estado parlamentario.

Para Kant el ciudadano debe obedecer cualquiera sea la autoridad que lo gobierne; para Rousseau es menester configurar un sistema donde el ciudadano sólo deba obedecerse a sí mismo. Pero dicho sistema es imposible. Siempre existirá un pequeño hiato entre el cuerpo político y el ciudadano (si esta separación no existiera no sería necesario *obligar* al ciudadano a ser libre). Por eso, en respuesta a esta visión monolítica y abstracta de la democracia me parece coherente lo señalado por Arato y Cohen: “Un demócrata real tendría que ir más allá y reconocer que la democracia nunca puede ser totalmente institucionalizada”³⁰⁸. Así, podríamos comprender –con Habermas- que la democracia constituye un *proceso inacabado*. Un proceso que –como veremos más adelante en este trabajo- no sólo admite sino que requiere altas cuotas de participación de los ciudadanos, incluso en la forma de presión extrainstitucional.

4. Síntesis

Hemos repasado las diversas justificaciones políticas que se han dado a la desobediencia civil en el marco de una democracia constitucional. Vimos

³⁰⁸ *Ibíd*, p. 663.

cómo Rawls y Dworkin la defienden entendiéndola como un correctivo a la vulneración de derechos fundamentales.

Luego analizamos los argumentos de Singer, quien se centra en la participación como elemento clave para determinar la existencia de la obligación política, puesto que la participación en las decisiones institucionales es lo que hace que nos encontremos en un sistema con un “compromiso justo” al que le debemos obediencia. Asimismo, la falta de participación podría justificar, a contrario sensu, la desobediencia a las leyes.

De ahí pasamos a la postura de Walzer, para quien la desobediencia civil no es otra cosa que la obediencia a compromisos contraídos al interior de un grupo minoritario respecto del Estado. En virtud del origen contractual del Estado democrático éste debería reconocer la existencia de grupos intermedios con plena autonomía. La desobediencia civil estaría autorizada dentro de ese marco.

Finalmente, vimos cómo Arendt entiende la desobediencia como parte de una constitución que se basa en la existencia del disenso. Lo que ella califica como una excentricidad de la constitución americana, Habermas lo ve como un elemento clave para entender al Estado democrático de derecho. Así, el ciudadano que cuestiona la ley al punto de desobedecerla, apelando a los principios comunes de una constitución democrática, no se ubica contra este tipo de Estado, sino que –al contrario- lo ayuda a cumplir su papel histórico.

Independientemente de la postura que se asuma respecto de la desobediencia civil, no se puede negar que la apoyan argumentos convincentes de pensadores pertenecientes a diversos polos del espectro político. Habiendo repasado en detalle a todos estos autores, apuntamos nuestra mayor cercanía con las propuestas del polo democrático, específicamente con la postura expresada por Jürgen Habermas. Entendemos sus ideas respecto de la desobediencia civil como un *punto de partida*, que nos será bastante útil en la relación entre protesta y democracia.

IV.

PROTESTA Y DEMOCRACIA

El estatus constitucional de la protesta –en otras palabras, la configuración de un *derecho fundamental a protestar*- requiere un análisis previo de su compatibilidad con la democracia. Hasta ahora hemos dado esta compatibilidad por hecho. Sin embargo, es necesario que, en este punto, revisemos nuestras convicciones a la luz de la teoría democrática. Para ello dividiremos la cuestión en dos partes. Primero, revisaremos dos argumentos típicos que cuestionan la compatibilidad de la protesta con el régimen democrático e intentaremos darles una respuesta contundente. En segundo lugar, argumentaremos que la protesta no sólo es compatible con la democracia, sino que es *esencial* para ésta. Ello supone dar cuenta de las principales concepciones sobre la democracia que colisionan en el actual debate académico e indicar, aunque sea someramente, nuestra propia posición.

A) DOS OBJECIONES A LA PROTESTA

La primera objeción apunta al carácter representativo de la democracia. Según esta visión, las manifestaciones públicas son una anomalía del sistema representativo, donde el pueblo delibera exclusivamente a través de sus representantes, elegidos en las votaciones periódicas.

La segunda objeción se refiere al supuesto carácter contramayoritario de los grupos de manifestantes. Usualmente, se agrega a esta aseveración la idea de que, por tratarse de presiones de grupos de interés, las protestas representan una fragmentación indebida de la ciudadanía, contraria al bien común (puesto que la protesta constituiría el predominio de la facción por sobre la totalidad).

1. La objeción representativa

Podríamos formular esta objeción de la siguiente manera: en una democracia representativa, el pueblo se manifiesta exclusivamente a través de las urnas, en las elecciones periódicas. A partir de ahí son los representantes elegidos por el pueblo los que asumen las tareas de deliberación y decisión, por lo que los actos de protesta deben ser vistos como una anomalía, apenas tolerada por el ordenamiento constitucional (quedando en manos de la autoridad su permiso o prohibición)³⁰⁹.

³⁰⁹ Eso es lo que han interpretado, por ejemplo, los jueces de la Corte Suprema argentina a partir del artículo 22 de su Constitución: "El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión

Esta objeción a la protesta es sustentada por una concepción sumamente estrecha de la democracia, que no sólo la reduce a su estadio representativo, sino que prohíbe o minimiza cualquier atisbo de participación ciudadana más allá del voto. Según esta visión, la democracia se agotaría en un proceso o mecanismo de *generación* del poder estatal; el pueblo –la ciudadanía o el cuerpo político- no tendría ninguna injerencia sobre el ejercicio del poder más allá de ratificar o rechazar al gobierno de una elite autoseleccionada. Esta idea se ha asociado al *elitismo democrático*. El profesor brasileño Leonardo Avritzer dice al respecto: “Para el elitismo democrático, el mantenimiento de la democracia está directamente vinculado con la restricción de la soberanía y con la transferencia de las élites al sistema político considerado como un todo”³¹⁰.

El máximo representante de esta corriente de ideas es Joseph Schumpeter, pero su diagnóstico negativo de la democracia coincide con el de muchos otros autores, como Pareto, Michels y Mosca³¹¹. Cabe mencionar que

de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”. Cabe señalar que esta interpretación ha sido criticada in extenso por Roberto Gargarella. Véase: *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006, pp. 42-48, y también: *El derecho a la protesta: El primer derecho*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2007, pp. 61-65.

³¹⁰ AVRITZER, Leonardo. *Teoría democrática, esfera pública y deliberación*, Revista Metapolítica, volumen 4, número 14, 2000, pp. 76-77.

³¹¹ Véase al respecto la crítica de Dahl, en: *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1992, pp. 319-336. Es preciso acotar que varios de los elementos de estas teorías se pueden encontrar también en los autores marxistas, con la salvedad de que estos últimos oponen a la democracia “burguesa” una democracia verdadera que, como veremos más adelante en este capítulo, está emparentada con las tesis rousseauianas de la democracia radical.

casi todos ellos consideraban a la democracia como un “mal menor”³¹². En aras de la brevedad, sin embargo, nos centraremos solamente en el discurso del primero, quien además influyó (y sigue influyendo) sobre muchos teóricos de la democracia³¹³.

1.1. El elitismo democrático

Schumpeter pone en tela de juicio lo que él denomina la “teoría clásica” de la democracia; es decir, la caracterización que hace la filosofía del siglo XVIII de este régimen político:

"La filosofía de la democracia del siglo XVIII puede ser compendiada en la siguiente definición: el método democrático es aquel sistema institucional de gestación de las decisiones políticas que realiza el bien común, dejando al pueblo decidir por sí mismo las cuestiones en litigio mediante la elección de los individuos que han de congregarse para llevar a cabo su voluntad"³¹⁴.

³¹² Nótese que Pareto inspiraría las tesis fascistas, mientras que Michels llegó a militar en el Partido Nacional Fascista Italiano.

³¹³ En la actualidad, se considera como representantes de esta teoría a autores tan diversos como Sartori y Dahl, aunque la inclusión de este último en dicha categoría es, a lo menos, discutible. Véase: SILVA JIMENEZ, Ana María. *Hacia una Democracia participativa. La teoría elitista y la teoría participacionista de la democracia*. Rev. derecho (Valdivia). [online]. dic. 1993, vol.4 [citado 12 Junio 2013], p.145-155. Disponible en: http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09501993000100009&lng=es&nrm=iso . ISSN 0718-0950.

³¹⁴ SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, Ediciones Folio, 1984, p. 321.

Al someter a examen esta definición, el autor pone en duda los dos fundamentos de la teoría: la existencia del bien común y de la voluntad común del pueblo. Respecto del primero, Schumpeter alude a un hecho que él juzga fundamental: “para los distintos individuos y grupos, el bien común ha de significar *necesariamente* cosas diferentes”³¹⁵. Este hecho, oculto para los utilitaristas, “introducirá hendiduras en cuestiones de principio que no podrán reconciliarse mediante una argumentación racional, porque los valores últimos – nuestras concepciones de lo que deben ser la vida y la sociedad- están más allá de la categoría de la mera lógica”³¹⁶. Incluso si llegáramos a ponernos de acuerdo respecto de esos valores últimos –esto es: respecto de los *fin*es de la actividad política- seguiremos teniendo divergencias acerca de los *medios* para llegar a ellos. Y como la configuración de la voluntad común del pueblo requiere a su vez de la existencia de un bien común claramente determinado (y accesible para la totalidad de los ciudadanos), el autor concluye que dicha voluntad común no existe. Si llegáramos a extrapolar esta pretendida voluntad común, ella tampoco sería racional, porque sería una voluntad en contradicción consigo misma (no existiría, dice el autor, ni unidad ni sanción racional³¹⁷). Es

³¹⁵ *Ibíd.*, pp. 322-323. El énfasis es mío.

³¹⁶ *Ibíd.*, p. 323.

³¹⁷ “La falta de unidad racional significa que, aunque desde el punto de vista del análisis el proceso democrático no es simplemente caótico (...), sin embargo, a no ser de una manera fortuita, los resultados no tendrían sentido por sí mismos al modo que lo tendría, por ejemplo, la realización de cualquier fin o ideal. La falta de sanción racional significa que, puesto que *esta* voluntad no se acomoda ya a ningún “bien”, será ahora necesario, a fin de reclamar una dignidad ética para el resultado, replegarse en una confianza ilimitada en las formas democráticas de gobierno en cuanto tales, confianza que, en principio, tendría que ser independiente de la deseabilidad de los resultados”. *Ibíd.*, p. 325.

decir, en una sociedad fragmentada como las sociedades occidentales, constituidas por una diversidad de voluntades y formas de pensamiento, la idea misma de una voluntad común a todos los ciudadanos es sencillamente una quimera.

Pero el escepticismo de Schumpeter respecto de los fundamentos teóricos de la democracia (al menos en su versión clásica) no se restringe sólo al modelo democrático. Se podría decir que se trata de un escepticismo más generalizado respecto de la acción colectiva. Este escepticismo descansa a su vez en su creencia en la irracionalidad de los mismos ciudadanos que deberían conformar el *demos* de la democracia. Ahora bien, ¿son todos los ciudadanos igualmente irracionales en sus decisiones políticas? Aquí la respuesta no podría ser positiva, a menos que asumiéramos la historia de la humanidad como una larga sucesión de despropósitos y de actos irracionales. Es decir, esta idea sería correcta sólo si la historia fuera, parafraseando a Joyce, una pesadilla de la cual no podemos despertar. En realidad, no todos los regímenes políticos se encuentran en el mismo plano; no toda acción colectiva es por fuerza irracional. Tienen que haber existido, pues, individuos o grupos *superiores* con la capacidad para guiar a los pueblos hacia el bienestar o la justicia. Es decir, en todo régimen político (incluyendo a la democracia) debe existir una minoría iluminada con la capacidad y la fuerza suficientes para guiar a la mayoría irracional hacia la dirección correcta. En otras palabras, el autor se ve

compelido a rechazar el concepto de igualdad, uno de los fundamentos de la democracia:

"[La igualdad] no puede aplicarse en ningún caso a los hombres tal como son. En reconocimiento de esta imposibilidad se ha reformulado con frecuencia el postulado mismo dándole el sentido de "igualdad de oportunidad". Pero, prescindiendo incluso de las dificultades inherentes a la palabra "oportunidad", esta reformulación no nos sirve de mucho, porque es una igualdad efectiva (y no potencial) de racionalidad del comportamiento político la que se requiere si cada voto de un hombre ha de tener el mismo peso en la decisión de las controversias"³¹⁸.

Aquí el autor no puede ser más claro. Schumpeter añade que la homologación de la desigualdad y la injusticia es propia de la psicología de los poco exitosos. De ahí que el ostracismo haya sido creado en la Atenas democrática como un mecanismo para separar del cuerpo político a los individuos superiores³¹⁹.

La irracionalidad sería, pues, parte de nuestra naturaleza, situación que se agravaría en el contexto de la sociedad de masas. En este punto el autor sigue los análisis sobre la "psicología de las masas" de Gustave Le Bon. Sin embargo, la tesis de Schumpeter no se limita a describir la situación de las sociedades de masas contemporáneas; a juicio del autor, las mismas

³¹⁸ *Ibíd.*, n. 3, pp. 325-326.

³¹⁹ *Ibíd.*, n. 3, p. 326.

características que aprecia Le Bon en los contextos masivos, pueden extrapolarse a prácticamente todo tipo de acción colectiva:

"Todo parlamento, toda comisión, todo consejo de guerra compuesto de una docena de sexagenarios, muestra, aunque sea en una forma atenuada, alguno de los rasgos que aparecen tan claramente en el caso de la chusma, especialmente un sentido de responsabilidad reducido, un nivel inferior de energía intelectual y una sensibilidad mayor para las influencias extralógicas"³²⁰.

De ahí que, a juicio del autor, las masas sean particularmente maleables –la publicidad sería un ejemplo de esta característica- y, por ende, manipulables por los líderes o caudillos. Esto, que tiene aplicación en prácticamente todo ámbito social, reviste una importancia todavía mayor cuando nos referimos a la política. Y es que, frente a los problemas políticos, los individuos no seguirían un curso de acción consciente y responsable. Para Schumpeter, un individuo es más racional jugando al *bridge* que preocupándose de los asuntos públicos³²¹. En el juego existen reglas predeterminadas que debemos seguir al pie de la letra, y cada acto que realicemos tiene consecuencias directas para nosotros. En cambio, a nivel político, las opiniones de las personas no estarían atadas a ninguna responsabilidad ulterior, lo que las haría mucho menos racionales.

³²⁰ *Ibíd.*, p. 329.

³²¹ Véase la provocadora analogía en: *Ibíd.*, p. 334.

Si esta es la realidad de la naturaleza humana en el ámbito político, entonces cabe preguntarse cómo es posible que alguna vez las sociedades hayan actuado racionalmente, cómo es posible que los seres humanos podamos organizarnos políticamente y hayan surgido los Estados (aparatos sumamente complejos de organización social). Una vez más el autor juega la carta de los individuos superiores, encarnados, en la actualidad, por los grupos de interés y los partidos políticos, que son los que verdaderamente *crearían* la voluntad popular en una democracia:

"La voluntad que observamos al analizar los procesos políticos no es ni con mucho una voluntad auténtica, sino una voluntad fabricada. Y con frecuencia este artefacto es lo único que corresponde a la voluntad générale de la teoría clásica. En tanto que esto es así la voluntad del pueblo es el producto y no la fuerza propulsora del proceso político"³²².

Podríamos llamar a ésta una visión *publicitaria* de la formación de la voluntad popular. Ahora bien, si la democracia es simplemente el resultado de la influencia de los grupos de presión sobre la voluntad popular, y si ésta se limita meramente a ratificar las voluntades definidas por uno o más de estos grupos, entonces forzosamente debemos llegar a una concepción *plebiscitaria* de la decisión democrática.

³²² *Ibíd.*, p. 336.

Mientras en la teoría clásica la elección de los representantes es secundaria respecto del fin principal, que consiste en “invertir al electorado del poder de decidir las controversias políticas”³²³, Schumpeter nos propone ahora invertir el orden de los factores, otorgándole preponderancia a la elección de los representantes –que son los que van a decidir las controversias políticas en la práctica. Así, el autor define a la democracia como “aquel sistema institucional, para llegar a las decisiones políticas, en el que los individuos adquieren el poder de decidir por medio de una lucha de competencia por el voto del pueblo”³²⁴.

De ahí que podamos referirnos a esta teoría como esencialmente plebiscitaria: el pueblo se limita a contestar sí o no a los diversos liderazgos que compiten entre sí para obtener el poder. Como se puede apreciar, para esta teoría el hecho esencial de la democracia es la competencia entre los diversos líderes o caudillos para hacerse con la conducción del gobierno. Esto presupone una visión conservadora de la acción colectiva; para el autor “las colectividades actúan casi exclusivamente mediante la aceptación del caudillaje”³²⁵. Y es que, según esta visión, sólo el líder sería capaz de organizar las *voluntades latentes*.

Sin desmerecer el realismo que pueda tener esta visión respecto del funcionamiento efectivo de las democracias liberales occidentales (tanto de comienzos del siglo XX como de la actualidad) es notable cómo su visión deja

³²³ *Ibid.*, p. 343.

³²⁴ *Ibid.*

³²⁵ *Ibid.*, p. 344.

fuera de la consideración sociológica las acciones llevadas a cabo por los movimientos sociales, la autogestión obrera o el movimiento mutualista, la política de consejos o cualquier acción política autónoma (episodios como la Comuna de París o los soviets rusos en el inicio de la revolución bolchevique serían –de acuerdo a esta teoría- sencillamente inexplicables)³²⁶.

Otro aspecto a destacar es la noción economicista del proceso eleccionario, idea que luego encontraremos en la descripción (y defensa) que hace Dahl de la “poliarquía”³²⁷. Para Schumpeter el procedimiento electoral es equivalente a la situación de competencia económica entre los grandes grupos empresariales. Sin embargo, la analogía se limita a la “libre competencia por el voto” y admite la “imperfección” que puede asumir este mecanismo en muchas oportunidades (al igual que en el sistema económico, la competencia puede ser desleal). El autor señala que esta visión, a pesar de su aparente amplitud, excluye situaciones que evidentemente contrarían la libertad de votación como la insurrección militar, pero también situaciones que “no deberían ser excluidas, por ejemplo la adquisición del caudillaje político por la aceptación tácita del pueblo o por una elección *cuasi per inspirationem*. Esta difiere de la elección

³²⁶ Véase, por ejemplo, la descripción que hace Nicola Matteucci del constitucionalismo americano en: *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998. Para el autor italiano, la revolución americana no fue una verdadera revolución sino la culminación de un proceso cultural; no fue dirigida por una élite ilustrada, sino que fue una “experiencia histórica colectiva” (p. 170).

³²⁷ DAHL, Robert. Op. Cit. La poliarquía es definida como un “conjunto de instituciones necesarias para el funcionamiento del proceso democrático en gran escala” (p. 264). Una caracterización detallada de estas instituciones se puede apreciar en las páginas 267 y 268. Sobre la relación entre la competencia económica y la competencia política, pp. 331 y ss.

por votación tan sólo en su tecnicismo”³²⁸. En este mismo sentido, Carl Schmitt llegó a aseverar que la forma democrática por excelencia no es el voto (secreto e individual) sino la *aclamación*³²⁹.

Una vez más, el autor asume como un hecho cierto la absoluta pasividad (y falta de iniciativa) del cuerpo político fundamental, que es el pueblo. Claro que este puede movilizarse, pero sólo se movilizará si algún líder específico lo azuza. Según esta visión, la multitud no se diferencia, en principio, de una manada animal cualquiera. Por eso mismo, no debe sorprendernos que, para Schumpeter, la facultad de disolver el gobierno –que estaba implícita en su misma definición- signifique simplemente que el pueblo tiene el derecho de quitarle su aceptación a los gobernantes, “negándose a reelegirlos o negándose a reelegir las mayorías parlamentarias que los apoyan”³³⁰. Esto no implica, pues, que el pueblo tenga el derecho a fiscalizar a sus gobernantes en la práctica. De hecho, las “subversiones” que derriban a los gobiernos serían casos que “no solamente son excepcionales, sino que... son contrarios al espíritu del método democrático”³³¹.

En esta última aseveración encontramos en su absoluta desnudez el argumento de fondo detrás de la objeción representativa. No se trata solamente de que las democracias reales funcionen según la descripción del autor. Es que el propio espíritu de la democracia necesitaría de un ciudadano pasivo, un

³²⁸ SCHUMPETER, Joseph. Op. Cit., n. 4, p. 345.

³²⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*, Op. Cit., p. 100.

³³⁰ *Ibíd.*, p. 347.

³³¹ *Ibíd.*

ciudadano-borrego que se limite a aceptar o rechazar a sus representantes cada tres o cuatro años. Ir más allá, permitir la libre deliberación del pueblo, implicaría dar rienda suelta a la anarquía.

Para reafirmar su posición, el autor explica a grandes rasgos la esencia de los partidos políticos y da algunas claves de su funcionamiento. Así, un partido político no sería más que un grupo “cuyos miembros se proponen actuar de consuno en la lucha de la competencia por el poder político”³³². Pero, ¿por qué existen los partidos? ¿Por qué el pueblo no delibera por sí mismo? ¿Realmente son esenciales para la democracia estos intermediarios? La respuesta de Schumpeter es coherente con lo planteado más arriba:

"Los partidos y los agentes electorales de partido son simplemente la respuesta al hecho de que la masa electoral es incapaz de otra acción que la *estampida* y representan un intento de regular la competencia política de una manera exactamente similar a las prácticas correspondientes de los asociados, de comerciantes"³³³

Como se podrá apreciar, el autor sella su análisis sobre la democracia con una pertinente metáfora zoológica: si la masa electoral es incapaz de otra acción que la *estampida*, entonces cualquier fundamento racional del

³³² *Ibíd.*, p. 359. En este sentido, la orientación programática de los partidos no es más que un accesorio. Si el programa fuera de la esencia de los partidos políticos, sería imposible –según Schumpeter– para partidos diferentes adoptar exactamente (o casi exactamente) el mismo programa.

³³³ *Ibíd.*, p. 360. El énfasis es mío.

procedimiento democrático sería inválido o superfluo³³⁴. La pregunta que resta es cuál es el sentido racional, entonces, de someter la competencia por el caudillaje a la masa. ¿No sería más apropiado, según esta visión, la autoimposición del caudillo? ¿Para qué plebiscitar la decisión si el pueblo elegirá siempre a Barrabás? La necesidad del plebiscito sólo puede fundamentarse en base a motivos prudenciales, prácticos (por ejemplo, para evitar una revolución), por lo que la democracia terminaría sosteniéndose sobre materiales bastante febles.

1.2. Para una crítica del elitismo democrático

El problema de este modelo de democracia es que confunde permanentemente dos planos discursivos: transita sin solución de continuidad desde apreciaciones fácticas sobre el funcionamiento real de las democracias representativas occidentales durante el siglo XX, a proposiciones normativas sobre lo que este sistema político debería ser. Que el modelo de Schumpeter no es meramente descriptivo se puede notar en su rechazo de principio al fundamento igualitario de la regla de mayorías, rechazo que viene precedido de

³³⁴ Benjamin Barber nos recuerda que el liberalismo es pródigo en estas comparaciones animalescas; de hecho, esta corriente de la filosofía política no sólo nos ha dado grandes teóricos, sino que nos ha provisto de un amplio bestiario. Hacer política, en este sentido, no es otra cosa que erigirse en guardián del parque humano (o como dice Barber: “politics as a zookeeping”). Así, el hombre es un lobo para el hombre, y vive bajo la permanente amenaza de un estado de naturaleza que más bien parece jungla –un bosque indómito donde el lobo aúlla y el obscuro pájaro de la noche canta-, donde los gobernantes son leones o zorros, halcones o palomas, y su labor consiste en guiar a los rebaños hacia la seguridad del aprisco. Véase: BARBER, Benjamin. *Strong democracy: participatory politics for a New Age*, California, University of California Press, Berkeley, 1984, p. 20 y ss.

un análisis bastante arbitrario de la “naturaleza humana”. Y es que la existencia misma de una “naturaleza” común a todos los seres humanos es filosóficamente discutible³³⁵.

Incluso si la sociedad funcionara exactamente de la manera descrita por Schumpeter o la acción colectiva estuviera, de antemano, destinada al fracaso - ya dijimos que su rechazo a la racionalidad de la acción colectiva pasa por alto muchas formas históricas de asociacionismo-, esto no hace otra cosa que exponer las deficiencias de los sistemas representativos actuales según los estándares democráticos³³⁶.

El modelo clásico era, sin lugar a dudas, un modelo ideal; no fue elaborado de acuerdo a una sociedad que existiera realmente en ese momento –aunque las colonias americanas se acercaban bastante al ideal-, sino como una proyección teórica de la sociedad buena (que era, por definición, la sociedad futura; en otras palabras, que estaba arraigada sobre el terreno de la utopía y que funcionaba como horizonte normativo). Abandonar la ingenuidad ilustrada es ciertamente un avance en el análisis de los fenómenos sociales; afirmar hoy que el trazado teórico de Rousseau –o incluso el de Locke y de los artífices de la Revolución Americana- es un fiel reflejo de las democracias

³³⁵ Véase supra.: Capítulo II, párrafo 2.

³³⁶ Aquí es preciso recordar las dificultades teóricas de toda posición que pretenda analizar la sociedad desde un *punto de vista arquimidiiano*. Cuando nos referimos a sistemas sociales las posiciones “meramente” descriptivas suelen encubrir una prescripción implícita, ya sea modificando el sistema para que funcione de la manera descrita o haciendo una defensa corporativa del *status quo*. Es decir, el analista no puede evitar influir o afectar el objeto de su análisis. Para una crítica del punto de vista arquimidiiano, véase: DWORKIN, Ronald. *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, N° 1, 2004, pp. 1-37.

representativas sólo podría calificarse como ideología (en el sentido marxista de falsa consciencia). Sin embargo, decir que la democracia puede definirse a partir del imperfecto modelo adoptado por los países occidentales durante los siglos XIX y XX, modelo que fue un compromiso histórico entre aristocracia y burguesía, entre Estado monárquico y sociedad liberal, es a todas luces un error. Y es un error no tanto por la ya aludida confusión entre planos discursivos, sino porque ignora totalmente la tradición de la democracia y su largo periplo a través de la historia de los discursos políticos.

Para ser absolutamente claros: la democracia existió, se trata de una realidad histórica. Su versión modélica se constituyó a lo largo del siglo V a. C. en Atenas. Posteriormente, este modelo histórico fue replicado de manera aproximada en Roma y en diversas ciudades italianas que se autodenominaron “repúblicas”. En el tiempo de Rousseau, era un modelo practicado en varios cantones de Suiza y en otros reinos pequeños. Por cierto, juzgados desde nuestra perspectiva, todos estos modelos fueron deficientes. En el caso de los atenienses, por ejemplo, la ciudadanía excluía a los esclavos, las mujeres y los extranjeros, por lo que sólo un porcentaje mínimo del país decidía las controversias políticas. Sin embargo, lo que debemos observar son los *principios políticos* que regían a la democracia ateniense. En este sentido, podemos afirmar que la democracia no fue solamente un régimen político real, circunscrito a una determinada época histórica, sino que fue un *modelo normativo* que subsistió a lo largo de la historia de las ideas políticas. Y si la

mayoría de los filósofos de la política lo desestimó –o lo consideró incluso como un contramodelo- la verdad es que es este ideal el que fue revalorizado y reconfigurado por los filósofos modernos, esta vez en su versión representativa.

¿Cuáles son estos principios políticos que regían a la democracia ateniense y que la filosofía clásica buscó renovar? En primer lugar, el principio de la *autonomía política*. La autonomía no era una cuestión meramente teórica o discursiva; los griegos la apreciaban porque la identificaban con la realidad de sus instituciones, con su práctica política. Son los griegos quienes –por primera vez en la historia de la humanidad- se dan cuenta de las transformaciones en la vida pública (los cambios de régimen o *métabolai*, según la tipología de Aristóteles). Y sólo cuando dimensionan el cambio y la renovación de las estructuras sociales, descubren el hecho simple pero a la vez revolucionario de que sus instituciones políticas les *pertenecen*. Así, los regímenes políticos cambian, “las instituciones son creadas y renovadas casi constantemente”³³⁷; el mito cede paso a la historia. En otras palabras, la comunidad nace como sociedad política:

"[La] democracia no es un modelo institucional, ni siquiera un régimen en el sentido tradicional del término. La democracia es la *autoinstitución* de la colectividad por la colectividad, y autoinstitución en tanto que movimiento”³³⁸.

³³⁷ CASTORIADIS, Cornelius. “La democracia ateniense: falsas y verdaderas cuestiones”, en: *El ascenso de la insignificancia*, Madrid, Cátedra, 1998., p. 184.

³³⁸ *Ibíd.*, p. 185. El énfasis es mío.

En segundo lugar, la democracia ateniense se regía por un principio capital que, de hecho, es precondition de la autonomía política: el principio de *isonomía* o igualdad ante la ley. En virtud de un complejo proceso de transformaciones, “toma cuerpo en Atenas una forma de comunidad política en la que la norma escrita [el *nomos* o ley convencional en contraste con la *physis* o ley de la naturaleza] se yergue sobre las pasiones y sobre los mezquinos intereses de los hombres, e inaugura lo que se conoce con el nombre de gobierno de la ley”^{339 340}. Pero además la isonomía implica que el poder mismo es algo que se ejerce *en común*. Se trata, pues, de

“una igualdad que no tiene nada que ver con la igualdad de los modernos, tanto porque se trata de un requisito que corresponde no a los individuos tomados en su individualidad, sino al espacio público de la ciudadanía, como porque, precisamente por esta última razón, requiere de la alternancia de las funciones de mando y de obediencia en la propia figura del ciudadano”³⁴¹.

³³⁹ FISTETTI, Francesco. *Comunidad: léxico de política*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2004, p. 23.

³⁴⁰ Sobre la historia de la dicotomía entre gobierno de los hombres y gobierno de las leyes, véase: BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 167 y ss. Ahí el autor nos dice con su seguridad característica: “¿Qué cosa es la democracia sino un conjunto de reglas (...) para solucionar los conflictos sin derramamiento de sangre? (...) la democracia es el gobierno de las leyes por excelencia” (p. 189).

³⁴¹ FISTETTI, Francesco. Loc. Cit.

Pero, ¿cómo se da esta alternancia? ¿Qué significa dicha alternancia para el ciudadano griego? Aquí debemos agregar un tercer principio, íntimamente ligado con el anterior: la *isegoría*. Esta era la libertad de palabra, o mejor dicho, la igual libertad de hablar y proponer medidas en la asamblea (*ekklesía*)³⁴².

En síntesis, la autonomía o el ideal de la libertad política —en otras palabras, la autoinstitución de la colectividad por la colectividad— sólo era posible en virtud de un respeto cuasi sagrado a dos principios fundamentales: la igualdad ante la ley y la libertad de palabra. Como se podrá apreciar, no hemos llegado todavía a la reivindicación de la igualdad económica. Según Arendt, la igualdad de los antiguos no tiene tanto que ver con la justicia como con la libertad³⁴³. En todo caso, esta deficiencia del discurso público griego (o la exclusión de mujeres y esclavos), no nos debe hacer perder de vista la radicalidad del experimento ateniense:

"La comunidad isonómica no sólo coloca idealmente al poder en el centro, porque todos los que tienen el estatus de ciudadano participan en él, sino que se convierte en sinónimo de un *koinòn* (de-algo-en-común)

³⁴² Una buena síntesis de la cuestión de la ciudadanía en la polis ateniense se puede encontrar en: BENÉITEZ, Benita. *La ciudadanía de la democracia ateniense*, Foro Interno, N° 5, 2005, pp 37-58. Concluye la autora, citando a Arendt: "La democracia ateniense basada en los principios políticos de *isonomía* —igualdad ante la ley— e *isegoría* —libertad de palabra—posibilitó la realización de la *politiké areté* al conjunto de sus ciudadanos, que es la condición del "que participa del gobernar y del ser gobernado; en cada régimen es distinto, pero en el mejor es el que puede y elige obedecer y mandar con miras a una vida conforme a la virtud" (p. 58).

³⁴³ ARENDT, Hannah. *¿Qué es política?*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 70. Luego agrega que "para la libertad no es necesaria una democracia igualitaria en el sentido moderno sino una esfera restringida, delimitada oligárquica o aristocráticamente, en que al menos unos pocos o los mejores traten los unos con los otros como iguales entre iguales".

que tiene un estatus potencialmente universal, porque presume ir más allá de los intereses restringidos de los individuos y de las partes en juego”³⁴⁴.

Entonces lo esencial para la democracia no es la igualdad efectiva de todos los sujetos que participan en el espacio público, sino el hecho mismo de la participación. Por cierto, debemos presuponer una cultura común, un mínimo de conocimientos y de información respecto de las decisiones que se tomarán en la asamblea; una brecha demasiado grande entre los ciudadanos habría sido devastadora para la supervivencia del proceso democrático. Sin embargo, eso no obsta a que lo primordial no sea el igual conocimiento (*episteme*) respecto de los temas, sino el igual valor de las opiniones (*doxa*) que participan en este hacer-en-común³⁴⁵. En definitiva, se trata de la igual valoración de los ciudadanos que componen el *demos*.

Las concepciones elitistas de la democracia olvidan o ignoran este acervo cultural. Cuando hablamos de democracia aludimos precisamente a este conjunto de principios. Redefinirla en términos modernos no puede implicar reducir esta vasta teoría de la acción colectiva a los imperfectos modelos aproximativos de una época específica. Por supuesto que no podemos pretender saltarnos la rueda de la historia; la democracia de los modernos no

³⁴⁴ FISTETTI, Francesco. Op. Cit., pp. 25-26.

³⁴⁵ CASTORIADIS, Cornelius. “¿Qué democracia?”, en: *Figuras de lo pensable (Las encrucijadas del laberinto VI)*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 155.

debe ser una simple transposición de la democracia de los antiguos. Estos últimos ignoraron la universalidad política, los derechos humanos y el imperativo de la igualdad económica. La ampliación sin precedentes de la ciudadanía que vivimos en la actualidad representa un desafío que los griegos no podían imaginarse. Sin embargo, tampoco podemos pretender redefinir la democracia eliminando su sentido original, y ciertamente no podemos sacar de la ecuación a la concepción griega del ciudadano. Las teorías elitistas no sólo empobrecen la noción de ciudadanía, sino que le son profundamente hostiles. En realidad, más allá de sus aciertos para describir *algunos* de los rasgos del sistema político, lo que hacen estas teorías es *prescribir* un sistema diverso al sistema democrático. Un sistema que resulta funcional al establecimiento de una nueva servidumbre económica.

Vamos por parte. ¿Cuáles son los rasgos del sistema que la teoría elitista no explica? En primer lugar, la misma protesta. Aquí hay una contradicción evidente: la teoría se presenta como una simple explicación de lo que el sistema democrático es, pero al mismo tiempo excluye la protesta o la convierte en una anomalía. Asevera que la gran masa de los ciudadanos es irracional e indiferente a lo público, razón por la cual su único contacto con el poder es a través de intermediarios. Pero cuando la masa se salta a esos intermediarios, se subleva o intenta influir directamente en la toma de decisiones, la teoría arroja que esos actos vulneran el “espíritu” democrático.

En realidad, estas teorías –que campean en el mundo de la ciencia política- sí buscan influir en la realidad. E influyen en la realidad precisamente porque la deforman al asumir la existencia de una sociedad absolutamente *estática*; sus asertos vienen formulados en un lenguaje economicista: “los ciudadanos-consumidores actuarán de la manera x, *ceteris páribus*, (manteniéndose el resto de las condiciones constantes)”. Pero en la vida política real, las condiciones cambian. Las ideas y el mismo lenguaje de los ciudadanos son modificados por los vaivenes de la opinión pública y el activismo político. La realidad de los movimientos sociales –grupos multitudinarios pero estructurados horizontalmente que no compiten por el acceso a instancias de poder formal sino por la influencia sobre la agenda pública- viene a problematizar esta visión estática de la vida social.

Veamos en nuestro país el ejemplo del lucro en el sistema educacional. Hasta antes del año 2011 el lucro era considerado, por la vasta mayoría del país, como un elemento normal del sistema educativo chileno, e incluso se publicaron muchos ensayos ponderando este elemento como un facilitador del progreso social. Después de las movilizaciones de 2011, sin embargo, esta posición perdió muchísimos adherentes. En el momento en que se escribe esta tesis la defensa del lucro se ha convertido en una posición minoritaria. ¿Qué ocurrió? El tema se empezó a discutir –con motivo de las movilizaciones estudiantiles- en los hogares, universidades, periódicos, foros televisivos y redes sociales, y la discusión política entre los ciudadanos generó una

reconfiguración de los símbolos que ocupaban el espacio público hasta ese momento. Esto no significa que la voluntad popular surgida del debate público sea una voluntad espontánea (como suponía la teoría clásica de la democracia, al decir de Schumpeter). La voluntad política *siempre es artificial* (o “fabricada”, si se quiere) porque ella no surge directamente de una especie de mente colectiva, sino de la discusión y el cruce de pareceres diversos, o mejor, del entramado de voluntades que confluyen en el espacio público³⁴⁶. Sí, se trata de una voluntad fabricada, pero los artífices fueron –en este caso- los mismos ciudadanos.

Se podría argüir que dicha voluntad es, sin embargo, irracional. Habría que definir entonces el criterio de racionalidad que se va a aplicar, pero en ese caso el analista debería defender con argumentos la elección de un criterio específico de racionalidad (por ejemplo, la racionalidad económica o estratégica versus la racionalidad comunicativa).

Dijimos también que el sistema político propuesto por estas teorías, termina sustentando una nueva servidumbre económica. ¿A qué nos referimos? Simplemente a que estas teorías presuponen un sistema político estrictamente

³⁴⁶ Adelantándonos un poco a lo que señalaremos en la segunda parte de este capítulo, es preciso añadir que el gran defecto de la teoría liberal es suponer que existen preferencias individuales *previas* al proceso de decisión política, y que dicho proceso consiste simplemente en agregar esas preferencias. Como dice Claus Offe, a propósito de la opinión pública: “First, people do not have opinions and preferences (...); instead, opinions and preferences are essentially in flux and constantly being formed, reproduced, validated, tested abandoned, adapted, revised, upgraded, and reflectively enriched in the light of new information and experience. (...) Second, the process of opinion and preference acquisition is not exclusively an internal and monological one, but always takes place in communication and interactive dialogue with others”. En: OFFE, Claus. *Crisis and Innovation of Liberal Democracy: Can deliberation be institutionalised?*, Sociologický časopis/Czech Sociological Review, N° 03, 2011, p. 459.

funcional a la estructura económica capitalista. Pero este modelo sólo se sostiene a su vez si existe entre la población una apatía política generalizada³⁴⁷. Reiteremos una vez más que estos análisis también configuran la realidad que observan, puesto que no pueden abstraerse completamente del contexto en que son escritos.

En realidad, la apatía política es una precondition del capitalismo (o de cierto capitalismo), pero no de la democracia. Por eso adaptar la teoría de la democracia para que ella calce con la apatía de un alto porcentaje de nuestros ciudadanos es un error. Si esto es efectivamente así (y como vimos, las excepciones y “anomalías” abundan), la única respuesta racional es admitir que no vivimos en una democracia. Si muchos individuos se comportan tal como la teoría elitista presupone, esto sólo nos indica que nuestro imaginario social se ha alejado del imaginario democrático. Castoriadis ha puesto énfasis en esta correlación entre el imaginario social dominante de una época y la forma de vida de los individuos que lo sustentan:

³⁴⁷C. B. MacPherson sostiene que el paso de una democracia entendida como un mero equilibrio entre clases (asumiendo como correcta, a grandes rasgos, la caracterización realizada por la teoría elitista) a una democracia participativa, requiere de un cambio previo en la mentalidad de los ciudadanos: que la gente “pase de verse a sí misma y de actuar como esencialmente consumidores a verse y actuar como personas que ejercitan sus propias capacidades y gozan con el ejercicio y el desarrollo de éstas”. Véase: MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, p. 120. Ahora bien, lo que el autor implica es que el consumismo generalizado no sólo se opone a la democracia, sino que entraña un peligro para la pervivencia del mismo sistema económico, que se traba en una suerte de “círculo vicioso”: “Cada vez se duda más de la capacidad del capitalismo de gran empresa, por mucho que lo ayude y administre el Estado liberal, para satisfacer las expectativas de los consumidores de la vieja forma, es decir, con el grado actual de desigualdad”. Y es que el capitalismo, “reproduce la desigualdad y la conciencia de consumo, y ha de hacerlo si quiere seguir funcionando. Pero su capacidad cada vez mayor para producir mercaderías y ocio tiene su reverso en su necesidad cada vez mayor de difundirlos de forma más generalizada. Si la gente no puede comprar las mercaderías, la producción de éstas no rinde beneficios” (p. 127).

"[El] contenido antropológico del individuo contemporáneo no es otra cosa que la expresión o la realización concreta, en carne y hueso, del imaginario social central de la época, que moldea el régimen, su orientación, los valores, aquello por lo cual vale la pena vivir o morir, el empuje de la sociedad, incluso sus afectos (...) Sabemos que este imaginario (...) es, cada vez en mayor medida, el imaginario central capitalista, expansión ilimitada del pretendido dominio supuestamente racional (...) y cada vez menos el imaginario de la autonomía y de la democracia³⁴⁸.

En definitiva, esta concepción sumamente estrecha de la democracia representativa no se apoya ni siquiera en lo previsto por una definición procedimental (o sea, mínima) de la democracia y esto se debe a que ignora los principios básicos del sistema. Pero, ¿cuáles son los elementos que debería tener un régimen político para ser calificado de democrático en el contexto contemporáneo? Eso es lo que veremos a continuación.

³⁴⁸ CASTORIADIS, Cornelius. "¿Qué democracia?", en: *Figuras de lo pensable...*, Op. Cit., p. 166. Más aún, Castoriadis señala que el sistema político actual, "con la apatía y la privatización que lo hacen posible, presupone que la gente pase efectivamente su tiempo en los supermercados y frente al televisor" (p. 175). Esto da cuenta de la emergencia de "un tipo antropológico de individuo (...), que ya no tiene relación con aquel que ha creado este régimen, ni en el plano político ni siquiera en el plano económico (...) La autorreproducción continua del sistema, y muy especialmente la de sus componentes liberales, resulta cada vez más problemática en este contexto" (p. 178).

1.3. Concepciones mínimas o procedimentales de la democracia

En primer lugar, es necesario aclarar que ninguna de estas concepciones carece de valor axiológico. Todas ellas comparten una orientación hacia ciertos principios, como la idea del igual valor de las opiniones de todo el grupo que participa en la toma de decisiones colectivas. Además, como dice Anna Pintore: “también los principios procedimentales tienen contenidos normativos y valorativos, si es que los procedimientos no se indican de un modo totalmente vacuo”³⁴⁹.

Tomemos el caso de Kelsen. Comienza su análisis describiendo los ideales (o *finés*) que mueven a las sociedades modernas a regirse por este procedimiento:

"En el ideal de la democracia (...) convergen dos postulados de nuestra razón práctica y reclaman satisfacción dos instintos primarios de la vida social. En primer lugar, la protesta contra la coacción resultante del estado social, la reacción contra la voluntad extraña, ante la cual la propia tiene que doblegarse, y la retorsión contra la heteronomía"³⁵⁰.

En esta breve descripción están condensados todos los aspectos esenciales del régimen democrático. En primer lugar, Kelsen parte de un enfoque claramente moderno. En su visión, el individuo rechaza la superioridad

³⁴⁹ PINTORE, Anna. *Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático*, DOXA, N° 23, 2000, p. 130.

³⁵⁰ KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*, Barcelona, Ediciones Guadarrama, 1977, p. 15.

de los demás y acrecienta la conciencia de su propio valer. Así, “la idea absolutamente negativa y antiheroica de la *igualdad* presta base a la aspiración, también negativa, hacia la *libertad*”³⁵¹. Y es que, siguiendo en este punto a Rousseau y a Kant, se puede decir que es “políticamente libre quien, aun estando sometido, lo está solamente a su propia voluntad y no a la ajena”³⁵². Detrás de esta aseveración volvemos a notar el antiguo ideal de la autonomía política, aunque en este caso el tránsito hacia dicho ideal se produce desde una idea más bien negativa: el rechazo al dominio ajeno, a la voluntad heterónoma.

A pesar de estar fundamentado sobre la base de un rechazo, el ideal *positivo* que persigue el régimen democrático es la libertad social (que Kelsen contrapone a la libertad del individuo³⁵³). La libertad social o democrática es la libertad del individuo para cooperar con la autoridad del Estado³⁵⁴. En este sentido, la regla de mayorías se nos muestra como una regla notablemente sustantiva, pues ella es imprescindible para llevar a la práctica no sólo el igual valor de todas las opiniones sino también el ideal de la libertad política³⁵⁵. Para

³⁵¹ *Ibid.*, pp. 15-16.

³⁵² *Ibid.*, p. 17.

³⁵³ La libertad del individuo, propugnada por el liberalismo y el anarquismo, no se diferencia de la libertad natural –libertad “salvaje”, como diría Ferrajoli– del hombre presocial. El paso del estado de naturaleza al estado social requiere una limitación de la libertad natural en aras de la conformación de un Estado libre. Este paso es definido por Kelsen como el tránsito desde el súbdito al ciudadano: “El súbdito es el individuo aislado dentro de una teoría individualista de la sociedad, mientras que el ciudadano es parte integrante de un todo orgánico superior, miembro perteneciente a una entidad colectiva dentro de una teoría universalista de la sociedad, a una entidad colectiva que partiendo de la estimación puramente individualista de la libertad, alcanza un carácter trascendental y metafísico”. *Ibid.*, pp. 26-27.

³⁵⁴ *Ibid.*, p. 24.

³⁵⁵ Cabe destacar el rechazo del autor a fundamentar la regla de mayorías exclusivamente sobre la base de la igualdad. La regla de mayorías obviamente supone “el valor igual de las opiniones de los diversos individuos. Pero esta igualdad es sólo una imagen, y no puede

Kelsen, lo relevante es que sean libres “el mayor número posible de hombres, es decir, que el menor número posible de ellos tenga una voluntad opuesta a la voluntad general del orden social”³⁵⁶. O, en otras palabras, que la mayor cantidad de ellos pueda cooperar con la autoridad del Estado.

Estas referencias a los ideales de la igualdad y la libertad no son casuales. Las tesis procedimentales no son absolutamente neutras, sino que se sustentan sobre sólidos principios que permiten distinguir a la democracia de otros regímenes. Entonces, ¿por qué se consideran tesis mínimas o procedimentales? Para Bobbio, una definición puede ser considerada como mínima o procedimental cuando caracteriza a la democracia como un conjunto de reglas que establecen “*quién* está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué *procedimientos*”³⁵⁷. Es decir, una definición de esta naturaleza –como la del propio Bobbio- no establece *qué* cosas se pueden o se deben decidir en una democracia, sino cuáles son los requisitos para que una decisión colectiva, independientemente de su contenido, sea considerada democrática.

significar la efectiva mensurabilidad de las voluntades o de las personalidades humanas ni tampoco la posibilidad de sumarlas. Sería imposible justificar el principio de la mayoría diciendo que más votos tienen mayor peso que menor cantidad de ellos. (...) Si se tratase de inferir el principio de la mayoría de la sola idea de la igualdad, se le daría el carácter mecánico y ausente de espiritualidad que le reprochan los partidarios de la autocracia. Sólo sería la expresión pobremente formulada de la realidad de ser superiores los muchos a los pocos, y la afirmación de ser la fuerza antes que el Derecho (*Macht geht vor Recht*), sólo quedaría superada por convertirla en principio jurídico”. *Ibíd.*, p. 23.

³⁵⁶ *Ibíd.*

³⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Op. Cit., p. 24.

La respuesta que da el propio Bobbio a estas interrogantes es bastante decidora. En primer lugar, para que sea considerada democrática, una decisión colectiva debe ser tomada por “un número muy elevado de miembros del grupo”. Una democracia ideal es aquella donde está asegurado el sufragio universal (o sea, donde votan todas las personas mayores de edad, sin distinción de sexo, raza o condición)³⁵⁸. En segundo lugar, dicha decisión debe ser hecha mediante la regla de la mayoría, regla –como ya vimos- imbuida por un espíritu igualitario, y orientada por el ideal de la libertad política. Sin embargo, esto no basta. Es necesario que se cumpla una tercera condición: que los electores “se planteen alternativas reales y estén en condiciones de seleccionar entre una u otra”, lo que supone el aseguramiento (la garantía) de los llamados derechos *liberales*, entre los que Bobbio destaca las libertades de expresión, reunión y asociación³⁵⁹. Para Bobbio estas no son propiamente las “reglas del juego democrático” sino más bien “reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego”³⁶⁰.

Esta tercera condición es clave para nuestro análisis, porque nos demuestra que incluso una definición mínima de la democracia se sostiene sobre la base de ciertos elementos de contenido. De hecho, al entender estas libertades como reglas preliminares, el autor está introduciendo una restricción evidente al ámbito de las decisiones democráticas posibles: no se podrá decidir

³⁵⁸ *Ibíd.*, p. 25.

³⁵⁹ *Ibíd.*, p. 26. A estos hay que agregar un derecho que todos ellos presuponen: la libertad de pensamiento o conciencia.

³⁶⁰ *Ibíd.*

la conculcación de estas libertades. Si bien no nos está diciendo qué decidir, Bobbio nos señala *qué no* podemos decidir si queremos seguir teniendo democracia.

En este sentido, si uno de los derechos que se ejercen en la protesta, como el derecho de reunión, es una regla preliminar, una precondition del sistema democrático, entonces está claro que eliminarlo o incluso minimizarlo haría peligrar seriamente la existencia misma de la democracia³⁶¹. Y es que en este derecho podemos ver un resto de acción comunitaria, un indicio de ese hacer-en-común que era el rasgo distintivo de la autonomía política.

La teoría elitista, al reducir la democracia a su elemento plebiscitario, saca de la ecuación toda referencia a estas libertades. No sólo crea una falsa contradicción entre éstas y el modelo democrático, sino que las relativiza, privándolas de su contenido crítico. No hay duda que la libertad de expresión o la libertad para reunirse pacíficamente sin armas son esenciales para la deliberación y la participación de la ciudadanía en los asuntos del Estado.

Robert Dahl, quien propone una teoría pluralista de la democracia, hace una caracterización de la democracia donde el elemento participativo no es baladí. Este se deriva directamente de uno de los principios fundamentales del régimen: la igualdad intrínseca de todos los ciudadanos. Esto significa que todos están “suficientemente calificados, en general, para participar en la adopción de las decisiones colectivas obligatorias que graviten en grado

³⁶¹ Analizaremos en detalle el derecho de reunión en el capítulo V.

significativo en sus bienes e intereses”, así como “ninguno está tanto mejor calificado que los otros como para que se le confíe en forma excluyente la adopción de tales decisiones colectivas obligatorias”³⁶². Como se puede apreciar, esta idea excluye por sí sola la existencia de un desligamiento completo del ciudadano respecto de las decisiones colectivas, como la que opera en la teoría elitista. A partir de esta idea fundamental, se derivan a su vez dos principios que no pueden faltar en una democracia: la presunción de autonomía personal, que implica considerar a cada individuo como el mejor juez de sus propios intereses (lo que excluye -al menos en principio- el paternalismo), y la consideración equitativa de los intereses en juego, que implica que la discusión democrática debe considerar en igual medida los intereses de todos³⁶³. A partir de este núcleo conceptual, podemos elaborar un verdadero derecho ciudadano a participar y ser considerado en la toma de decisiones, que opera en tres niveles:

- a) *En la elaboración de la agenda política* = Esto significa que las opiniones de los diversos grupos que conforman la sociedad civil deben ser escuchadas y tomadas en cuenta por la autoridad. La sociedad civil debe tener la capacidad de imponer los temas que serán tratados en la agenda política.

³⁶² Esto es lo Dahl denomina el *Principio Categórico de la Igualdad*. Véase: DAHL, Robert. Op. Cit., p. 121.

³⁶³ *Ibíd.*, p. 124.

- b) *En el momento de decidir la solución que definitivamente va a ser adoptada por las autoridades* = Esto significa que las distintas opciones que se han dado a conocer en la opinión pública deben ser consideradas equitativamente por las autoridades. Además, los ciudadanos tienen el derecho a ser escuchados y a participar en el proceso de toma de decisiones.
- c) *En la posibilidad de controlar la aplicación de la solución adoptada* = Esto significa que la ciudadanía tiene derecho a ser informada de los avances realizados por las autoridades. La autoridad, a su vez, está obligada a rendir cuenta frente a la ciudadanía de lo efectivamente realizado³⁶⁴.

En síntesis: para que un sistema político sea considerado como democrático debería contar necesariamente con algunos mecanismos de participación ciudadana. Un piso mínimo para toda participación ciudadana es el derecho a reunirse, a manifestarse, y a criticar al gobierno. Por ende, las concepciones procedimentales de la democracia nos permiten responder con propiedad a la primera objeción: la democracia representativa no se agota en el voto; existen ciertas libertades que son imprescindibles para la supervivencia de este régimen político. Esto implica que es necesario admitir, por lo menos,

³⁶⁴ Aquí esquematizo la teoría de Dahl del proceso democrático en sentido *restringido*. *Ibíd.*, pp. 131-145.

algunas formas de protesta. Sin embargo, las concepciones procedimentalistas continúan siendo demasiado restringidas; ellas no nos permiten dimensionar la relevancia que tiene la protesta para la democracia. Tampoco nos permiten responder –por sí solas- la segunda de las objeciones que generalmente se le plantean a la protesta.

2. La objeción mayoritaria

La segunda objeción usual a la protesta dice relación con su carácter supuestamente contramayoritario. Podríamos formularla de la siguiente forma: al elegir a los representantes, la mayoría se manifiesta democráticamente. La oposición existe –y debe existir en cualquier sistema democrático- pero sólo se puede expresar en el Congreso. Cualquier grupo que quiera reclamar al gobierno elegido por la mayoría debe canalizar su descontento a través de sus representantes, pero no puede pretender presionar al gobierno a través de actos extra-institucionales como las protestas o los paros, porque, de lo contrario, transgrede la regla de la mayoría (que es la regla de oro de la democracia).

Esta visión no llega a cuestionar la legalidad de las protestas, pero sí su legitimidad. Opera en un plano prescriptivo acerca de lo que debe ser un sistema democrático. Lo interesante es que este argumento no se confina tan sólo a los sectores conservadores, sino que también ha sido utilizado por los defensores de la democracia radical. En realidad, no refleja más que un

prejuicio ampliamente difundido que identifica sin mayores precisiones democracia y mayoría.

La verdad es que la democracia es más compleja que un simple gobierno de mayorías. Esto no quiere decir que la regla de la mayoría no sea esencial. De hecho, podemos decir aquí, con Bobbio, que “quien no se ha dado cuenta de que por sistema democrático se entiende hoy, inicialmente, un conjunto de reglas procesales de las que la principal, pero no la única, es la regla de la mayoría, no ha entendido nada y continúa sin entender nada de la democracia”³⁶⁵. Sin embargo, esta regla no es absoluta, y se pueden reconocer varios límites a su aplicación. Estos límites dicen relación con ciertas materias que, por su propia naturaleza, no pueden ser decididas por mayoría. Así se da, obviamente, con las materias científicas, estéticas o morales³⁶⁶. Sería ridículo un congreso votando por la pertinencia de la ley de gravedad o por el predominio en el país de un concepto de belleza determinado. Respecto de las cuestiones morales es evidente que muchas decisiones políticas tienen incidencia en el terreno de la moral. Sin embargo, una decisión mayoritaria no puede impedir que los ciudadanos de la minoría tengan sus propias orientaciones morales. El Estado puede penalizar el aborto, pero no la creencia de las mujeres en el derecho a abortar.

³⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Op. Cit., p. 74.

³⁶⁶ SALAZAR, Pedro. Op. Cit., pp. 134-135.

Asimismo, varios autores señalan que no cabe aplicar la regla de la mayoría para restringir o abolir un derecho fundamental³⁶⁷. Por ejemplo, ninguna mayoría podría eliminar el derecho a la educación del catálogo de derechos constitucionales. Esta tesis generalmente ha sido relacionada con el principio de la soberanía limitada, que en Chile tiene una consagración explícita en el artículo 5° de la Constitución. Sin embargo, hay que tener cuidado con este argumento, ya que –como vimos más arriba- la regla de la mayoría no es una regla meramente procedimental, sino que tiene un valor sustantivo. Por eso Kelsen defiende que las decisiones se tomen por mayoría absoluta:

"Con una mayoría menos cualificada, sería posible que la voluntad del Estado en el momento de su formación hallase más voluntades individuales adversas que favorables; con otra más cualificada, podría ocurrir que la voluntad del Estado en poder de una minoría que impidiese rectificarla, viniese estar en contraposición con una mayoría de voluntades individuales"³⁶⁸.

En nuestro país, de hecho, se ha abusado de la técnica de los quórum supermayoritarios, por lo que, en la práctica, no nos rige un verdadero gobierno de mayorías. En una democracia, los límites a la mayoría no tienen tanto que ver con la elevación de los quórum, técnica muchas veces contraproducente,

³⁶⁷ Por todos, véase: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Op. Cit., pp. 19-56.

³⁶⁸ KELSEN, Hans. Op. Cit., p. 24.

ya que puede permitir que una minoría se eternice en el poder o que amplios grupos desaventajados sean relegados por el sistema político, sino, más bien, con el nivel de representatividad del sistema y los valores que lo subyacen. Y es que la democracia no debe ser solamente el reflejo de una mayoría circunstancial. Si queremos medir realmente el nivel de nuestro proceso democrático debemos verificar que este cumpla, por lo menos, con los requisitos mínimos establecidos por Dahl. Es decir, que el *demos* sea lo suficientemente amplio, que participe en la elaboración de la agenda pública, que tenga injerencia en la toma de decisiones y que pueda controlar la actuación de las autoridades. En base al cumplimiento de estos requisitos podemos realizar una medición del nivel de legitimidad democrática de un sistema. Esto implica preguntarnos, entre otras cosas:

-¿El congreso representa la diversidad de visiones sobre la sociedad que existen al interior del Estado?

-¿Los cargos públicos se reparten equitativamente entre hombres y mujeres? ¿Se reparten sólo dentro de una elite o en ellos se refleja la diversidad social del país?

-¿Los partidos políticos se rigen internamente por las reglas de la democracia?

-¿Se integra en la toma de decisiones a organizaciones de la sociedad civil? ¿Y a las comunidades locales? ¿Se otorga un espacio sustantivo para las regiones y para los pueblos originarios?

-¿Se cultiva, desde la escuela y a lo largo de todo el proceso educacional, un clima de tolerancia y de respeto a los derechos humanos? ¿La prensa contribuye a la conformación de una cultura democrática?

-¿Los bienes públicos y económicos están repartidos equitativamente entre los ciudadanos?

Este es un mero muestrario de las preguntas que tendríamos que hacernos para medir la calidad y la legitimidad de un orden democrático. Las respuestas dependen, finalmente, de lo que diga la ciudadanía. Esto implica que, en última instancia, el problema de la legitimidad es netamente subjetivo, ya que ella supone el apoyo de los sujetos políticos que conforman al pueblo. Sin embargo, podríamos sostener que la abundancia de respuestas negativas a estas interrogantes podría dar cuenta de una posible crisis de legitimidad, o por lo menos de una gran lejanía entre gobernantes y gobernados (lo que limitaría el espacio de la autonomía política). Por cierto, un sistema podría funcionar bien por bastante tiempo a pesar de ser considerado como ajeno –o heterónimo, en términos de Kelsen- por amplios sectores de la población. Pero si estos requisitos mínimos no se cumplieran, dicho sistema difícilmente podría soportar el embate de los sectores “legalmente alienados”³⁶⁹, que no tendrían mayores razones para acatar las normas.

En síntesis, existen varios requisitos que una democracia debería cumplir, tanto antes como *después* del momento de la decisión mayoritaria. Así,

³⁶⁹ Véase supra, capítulo I, párrafos 2.2.2 y 3.4.2

dejando de lado lo que señala explícitamente nuestra Constitución, y al margen de la cuestión de los quórum supermayoritarios, cabe preguntarse si acaso la democracia depende de una serie de principios que exceden al mero gobierno de las mayorías. ¿Qué pasaría –por poner un ejemplo- si una mayoría privara a la minoría de la libertad de palabra? Dahl sostiene que, en ese caso, la mayoría no estaría obrando de acuerdo a los procedimientos democráticos. Y esto porque los derechos civiles y políticos, entre los que se cuenta la libertad de palabra, “son parte integral del proceso democrático, no están ontológicamente separados de éste –tampoco son prioritarios con respecto a él, o superiores”³⁷⁰.

Esta simple constatación nos dice que si bien la regla de la mayoría es condición necesaria para toda democracia, no es condición *suficiente*. Es lo mismo que veíamos en la concepción mínima de democracia de Bobbio, que indicaba ciertas libertades como *precondiciones* de su ejercicio.

Si medimos la democracia en estos términos, la protesta debe ser considerada como una forma válida de participación política. De hecho, podríamos decir que es la forma de participación por excelencia que tienen los grupos minoritarios respecto del actuar de las mayorías (e incluso puede constituirse en un instrumento mayoritario, sobre todo cuando el ordenamiento político es cooptado por una minoría). Por medio de la protesta los manifestantes buscan instalar una idea (o reparar un interés que ha sido

³⁷⁰ DAHL, Robert. Op. Cit., p. 205.

vulnerado), influir en el curso de acción que tomarán las autoridades³⁷¹, controlar las políticas implementadas, hacer responsables a los funcionarios y políticos de sus actuaciones públicas.

Ahora bien, quienes esgrimen la objeción mayoritaria podrían estar apuntando más allá. Dijimos antes que ellos cuestionaban no tanto la validez formal o la legalidad de las protestas sino su legitimidad. Nuestra respuesta consistió en señalar que es precisamente la decisión mayoritaria la que debe ser evaluada según una serie de criterios de legitimidad cuya ausencia podría gatillar el auge de los movimientos de protesta. Sin embargo, aquí cabe preguntarse si al aceptar a la protesta como parte normal del ordenamiento jurídico-político no estamos en realidad deformando el proyecto democrático. ¿No contribuyen las protestas a la disgregación de la ciudadanía? ¿No generan mayor polarización? ¿La inestabilidad política no es, acaso, un peligro para la democracia misma? En definitiva, ¿son los movimientos de protesta una amenaza para la democracia?

2.1. La democracia unitaria

Para quienes esgrimen la objeción mayoritaria, la democracia supone la unidad, el consenso antes que el disenso. Los movimientos de protesta – descentrados, horizontales, dispersos y heterogéneos- evocan al viejo fantasma

³⁷¹ Se podría añadir, incluso, que es el "lobby" del ciudadano común.

del particularismo³⁷². Ellos resquebrajan la unidad y desarman los discursos que permiten la cohesión social.

Para evitar el peligro del fraccionamiento y las luchas intestinas de las facciones por el poder del Estado, se levanta un modelo que podríamos denominar “democracia unitaria”. Para Barber, se trata de una forma de democracia que resuelve el conflicto social mediante el *consenso* de la comunidad, definido por la identificación de los individuos y sus intereses con una colectividad simbólica³⁷³. En este modelo, más que autogobierno, lo que tenemos es la entrega total del ciudadano a una suerte de entidad simbólica superior. Se trata de una visión organicista de la comunidad, donde ésta actúa como una verdadera “persona” a gran escala, y donde los ciudadanos deben supeditar su actuar al bienestar de ese sujeto mayor. Se niega, pues, la primacía axiológica del individuo respecto del Estado, propia del discurso liberal³⁷⁴. Si bien se trata de una visión que puede resultar atractiva para muchos, debido a su intento por reestablecer el discurso comunitario y la acción colectiva frente a los embates del liberalismo atomista, también es preciso

³⁷² Para un análisis del peligro particularista, véase: BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Op. Cit., pp. 143-166.

³⁷³ “[Unitary democracy] resolves conflict in the absence of an independent ground through community consensus as defined by the identification of individuals and their interests with a symbolic collectivity and its interests”. BARBER, Benjamin, Op. Cit., p. 149.

³⁷⁴ Para una crítica liberal de las visiones organicistas, véase: DWORKIN, Ronald. *La comunidad liberal*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1996, pp. 161-174. Frente al organicismo (o idea de la colectividad antropomórfica), concepción que Dworkin califica de “metafísica”, él antepone una concepción más bien formal de la comunidad: “Desde el punto de vista metafísico, las unidades de agencia colectivas simplemente existen: son más reales que sus miembros. Pero desde el punto de vista de la práctica, las unidades de agencia colectivas no son primigenias; se constituyen por medio de usos y actitudes sociales...” (p. 167). La vida comunal está compuesta, pues, exclusivamente por los actos colectivos de la comunidad (p. 168), asumiéndose una separación tajante entre éstos y los actos privados de sus miembros.

señalar que –dada la diversidad de formas de vida y de pensamiento- no se puede ignorar así como así el discurso individualista y volver a la lógica aristotélica de que el todo es superior a las partes. Podríamos decir, con Bobbio, que en la modernidad prima un análisis político de la sociedad *ex parte populi*; con esto no nos limitamos a apuntar a un cambio de perspectiva, sino que nos referimos a un cambio de mentalidad. Nos trasladamos desde la sociedad organicista del mundo medieval a la *comunidad acéfala* de la democracia, donde todos pueden mandar y todos pueden ser mandados³⁷⁵. Una comunidad de este tipo es incompatible con una dominación absoluta del todo sobre las partes porque ella se sustenta –y sólo puede sustentarse- sobre el respeto a la autonomía personal de sus miembros³⁷⁶.

³⁷⁵ “Como subraya J. Shklar, la misma referencia rousseauiana a un “pueblo soberano” es una metáfora “que contiene una negación”, dado que la soberanía en época de Rousseau carecía de significado fuera de su identificación a la monarquía absoluta. Atribuirla al pueblo equivale a destruir el concepto de soberanía como una particular relación que se establece entre gobernantes y gobernados y a erigir al pueblo en dueño de su destino. Otro tanto ocurre con la redefinición del uso habitual de una de las metáforas políticas más conocidas: la de “cuerpo político”. Su nueva lectura se concretaría en el hecho de que el soberano o los magistrados no se identificarían ya con la “cabeza” o el “alma” que gobierna al cuerpo, sino que se reducirían a ser meros órganos de un cuerpo constituido por todos los ciudadanos”. VALLESPÍN, Fernando, “El discurso de la democracia radical”, en: DEL ÁGUILA, Rafael... [et al.]. *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998, pp. 161-162. Roberto Esposito se refiere a la democracia en términos parecidos: “Si ya desde la sociedad premoderna la cabeza [*capo*] representa el doble cuerpo del rey y de la institución que él literalmente encarna, la amputación de la cabeza [*testa*], la acefalidad, es a la vez decapitación de un *capo* y desincorporación de un cuerpo. Descentramiento del lugar tradicional de lo político, erradicación de sus raíces, desarticulación de sus instancias diferentes. Si el “totalitarismo democrático” implica la inclusión, en un solo cuerpo orgánico, de las múltiples prácticas sociales...; pues bien, la democracia rompe con esta convergencia coaccionada; limita, define, libera los distintos vectores, y lo hace del vínculo unitario que oculta y aniquila la diferencia de aquéllos; vacía de toda sustancia, de toda esencia, de toda materialidad el lugar del poder. Y esto precisamente en razón de su desvalorización técnica, de su carácter de simple procedimiento, de pura forma” (ESPOSITO, Roberto. *Diez pensamientos acerca de la política*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2012, p. 83).

³⁷⁶ Recordemos las palabras de Dahl expuestas en el párrafo anterior: el mejor juez de los intereses del individuo es el propio individuo.

La democracia unitaria puede abordarse tanto desde una perspectiva conservadora como desde una perspectiva radical. Para el conservadurismo la democracia debe estar supeditada a la existencia de una *homogeneidad prejurídica*:

"Esta homogeneidad puede deberse a la existencia de una religión común, de un lenguaje o una cultura comunes, o bien de convicciones políticas comunes. En la democracia moderna, tal y como se desarrolló en y a partir de la Revolución francesa, se funda básicamente en la homogeneidad nacional, y la presupone.

En los Estados donde no existe una homogeneidad nacional, o en los que se ha producido una amplia inmigración, a menudo se plantean problemas políticos de considerable intensidad, tanto más cuanto que el concepto de nación (...) no es unívoco. Al concepto político de nación de los franceses (...) según el cual la nación se basa en la actitud política común de querer vivir bajo una determinada configuración del Estado, se opone el concepto étnico-cultural de los alemanes y de los pueblos de la Europa central y oriental, que se funda en el lenguaje, la historia y la cultura comunes. En la nación política se puede entrar, es posible asimilarse a ella, pero en la nación étnico-cultural se nace"³⁷⁷.

³⁷⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p. 88.

Este último punto es clave si queremos entender muchos de los conflictos políticos (y bélicos) de los últimos cien años. Se trata del manido lema “una nación, un Estado”. El error conceptual de este discurso, sin embargo, es pretender mezclar dos problemas distintos: la democracia y la nación.

La relación de esta última con la democracia se debe a motivos históricos muy específicos, de carácter meramente circunstancial. Se trata de un discurso que surgió para controvertir la legitimidad del Estado monárquico y la dominación de la clase noble sobre el resto del pueblo. La ventaja de dicho discurso es que permitía relacionar el surgimiento de la democracia y la caída del antiguo régimen con una especie de memoria histórica que remitía a las grandes luchas del pasado.

En este sentido, Foucault demuestra que, en su origen, el discurso nacionalista es inseparable del discurso racial³⁷⁸. Dicho discurso pone en cuestión el surgimiento de los Estados, que estaría asociado a un proceso previo de guerra y de conquista. Según Foucault, detrás de la defensa de Hobbes del Estado absoluto podemos ver su temor hacia el saber histórico de los pueblos conquistados por la nobleza estatutaria (mismo temor que se refleja en el dogma kantiano de la inescrutabilidad del poder³⁷⁹). El gran adversario discursivo de Hobbes es, entonces, un “análisis histórico que saca a la luz la

³⁷⁸ Véase: FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2000.

³⁷⁹ Véase supra: Capítulo II, párrafo 3.

guerra como rasgo permanente de las relaciones sociales”³⁸⁰. Así, los pueblos conquistados se resisten a la institución política por medio de la referencia a una pertenencia racial común de carácter preestatal³⁸¹.

La nación es esencialmente distinta del Estado y, en cierto sentido, previa a éste³⁸². Un Estado puede contener una pluralidad de naciones; la nación, a su vez, puede trascender el orden estatal:

"La nación carece de fronteras, de sistema de poder definido, de estado. La nación circula detrás de las fronteras y las instituciones (...). La nobleza es una nación frente a muchas otras que circulan en el Estado y se oponen unas a otras”³⁸³.

La nación surge a contrapelo del discurso del hombre salvaje, del *homo oeconomicus* del liberalismo. Este “buen” salvaje propio del pensamiento liberal encontraba su estado ideal en el estado de naturaleza; se entendía como un ser prepolítico, anterior a la sociedad. Los historiadores de la nación y de la raza, por el contrario, contraponen a esta visión la figura del *bárbaro*, aquel hombre que no puede concebirse *sin* sociedad, que sólo se concibe a sí mismo como parte de *una* sociedad determinada.

³⁸⁰ *Ibíd.*, p. 108.

³⁸¹ Esto se nota claramente en el caso de los *Niveladores*, a quienes el texto de Hobbes ataca de manera implícita. Ellos, para cuestionar las leyes del Estado recurrían a la validez de las leyes *sajonas*, es decir a las leyes de la raza conquistada por los normandos tras la batalla de Hastings (1066).

³⁸² Cfr. la teoría de Góngora sobre la precedencia del Estado respecto a la nación en el caso chileno: GÓNGORA, Mario. *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Universitaria, 2003.

³⁸³ FOUCAULT, Michel. *Op. Cit.*, p. 129.

Tenemos, pues, una tensión evidente. Por un lado, un orden estatal que recurre a metáforas como la del hombre salvaje para afianzar su poder, relativizando y neutralizando las diferencias entre los diversos grupos sociales. Por otro lado, el discurso nacional que contrapone al Estado su propia particularidad, ya sea cultural o étnica. El discurso nacional realiza, entonces, un doble reclamo: hacia fuera reclama la diversidad, la cualidad heterogénea de la sociedad que subyace al Estado; hacia dentro de la pequeña sociedad que ella constituye reclama, por el contrario, la homogeneidad cultural o étnica sobre la cual se sustenta.

Esta tensión se resuelve en forma aparente con el surgimiento del Estado-nación, asociado con el compromiso histórico de anular las diferencias internas a los Estados, asimilando a todos los ciudadanos bajo el predominio de una nación única. Este nacionalismo estatal dará pie a una serie de conflictos bélicos que eventualmente decantarán en una concepción biológico-racial de la nación. Las aterradoras consecuencias históricas de este giro discursivo hacen que, pasado el siglo XX, la relación entre los conceptos de nación y democracia se haya vuelto bastante problemática.

Pero, independientemente del discurso nacionalista, que es sólo uno de los extremos de la ecuación, ¿se requiere de una homogeneidad prejurídica para que la democracia prospere? Es discutible. Si por “homogeneidad prejurídica” entendemos la existencia de una cultura afín a la democracia, es decir, de ciertos patrones culturales mínimos que permiten que la democracia

florezca, como la tolerancia y el respeto a los derechos humanos, entonces habrá que responder afirmativamente. Pero si se trata de una homogeneidad étnico-cultural o de un consenso político fuerte (más allá del deseo de regirse por los procedimientos de la democracia) o de una identidad política *previa* al proceso democrático, entonces la respuesta es necesariamente negativa. La verdad es que todo régimen político requiere de la conformación de una cultura común en la cual sus instituciones puedan fructificar, pero esto no quiere decir que la democracia reclame homogeneidad ni que su objeto sea la creación de una *sociedad desdiferenciada*³⁸⁴. Al contrario, las democracias pueden entenderse como regímenes de la diferencia, de la heterogeneidad de formas de vida y de pensamiento. Una confusión común es presumir que, puesto que la democracia se define como el régimen de la igualdad, ella sólo puede consolidarse en base a la eliminación de las diferencias. En realidad, la igualdad democrática no es una relación de identidad; de lo que se trata, más bien, es de la igualdad de los distintos. En palabras de Jacques Rancière: “El proceso de la igualdad es el de la diferencia”³⁸⁵.

³⁸⁴ Dahl sostiene que sí podría existir cierta conexión entre la homogeneidad del *demos* y la adopción de un sistema electoral mayoritario (al contrario de los países más heterogéneos que, según él, suelen adoptar sistemas de representación proporcional). Pero esto no dice nada de la adopción de la democracia como un todo. DAHL, Robert. Op. Cit., pp. 193-194. Ahora bien, la homogeneidad cultural sí podría favorecer la conformación de la democracia pero ello no implica que la heterogeneidad sea un obstáculo para ésta. De hecho, existen países altamente democráticos y políticamente estables que, a pesar de su fragmentación cultural, lograron desarrollar lo que Dahl –siguiendo a Lijphart- denomina democracias “consociativas”, como Bélgica, Países Bajos, Austria y Suiza. *Ibíd.*, pp. 316-317. Sobre las democracias consociativas, véase: *Ibíd.*, pp. 307-308.

³⁸⁵ RANCIÈRE, Jacques. *Política, policía y democracia*, Santiago, LOM, 2006, p. 23.

Desde la perspectiva del radicalismo democrático, por otro lado, se suele criticar el déficit de la democracia moderna respecto del modelo griego de democracia directa. Este déficit tiene que ver con dos cuestiones principales. En primer lugar, está el problema de la representación, considerada por esta visión como un pobre sustituto de la decisión directa de los problemas políticos por parte del pueblo. Esta crítica fue magistralmente expuesta por Rousseau, y luego ha sido parafraseada regularmente por sus diversos epígonos³⁸⁶. Ahora bien, esta crítica debe ser matizada: la democracia representativa surgió como una forma de realizar los ideales democráticos en el Estado moderno, que, como se sabe, es mucho más extenso que la ciudad-estado griega. Por lo demás, se trata de un Estado que no puede estar fundado ya sobre la base de la esclavitud, lo cual dificulta la reunión regular de los ciudadanos comunes para discutir los asuntos públicos. A pesar de ello, me parece que la crítica es esencialmente correcta: el déficit de la democracia representativa es evidente (sobre todo en su evolución actual), lo que explica la crisis de legitimidad del modelo y la profusa cantidad de propuestas que buscan modificarlo, aumentando las instancias de participación ciudadana³⁸⁷.

³⁸⁶ “La soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser enajenada; consiste esencialmente en la voluntad general y ésta no puede ser representada: es ella misma o es otra, no hay término medio. Los diputados del pueblo no son ni pueden ser sus representantes; son tan sólo sus comisarios; no pueden acordar nada definitivamente. Toda ley a la que el pueblo en persona no ha ratificado es nula: no es una ley. El pueblo inglés cree ser libre, se equivoca; no lo es sino en la elección de los miembros del Parlamento: no bien éstos son elegidos, es esclavo, no es nada”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*, Buenos Aires, Losada, 2003, pp. 129-130.

³⁸⁷ Una visión crítica respecto de esta visión se puede encontrar en: BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, Op. Cit., pp. 49-73.

La segunda crítica también fue expuesta originalmente por Rousseau y sigue teniendo validez en el día de hoy. Ella plantea básicamente que un sistema político conformado por la competencia entre asociaciones parciales con intereses diversos –lo que se ve reflejado, por ejemplo, en el sistema de partidos- es contradictorio con la voluntad general³⁸⁸. Aquí vemos reflejado nuevamente el temor al particularismo, al fraccionamiento del Estado. Pero existe otra forma típica de exponer este reparo y tiene que ver con la dificultad que tendrían las sociedades más heterogéneas o pluralistas para alcanzar el bien común. Y esto es obvio: si el Estado está compuesto por una serie de sociedades parciales, cada una de éstas buscará su propio beneficio y el bien común se convertirá en una cáscara vacía. Aquí debemos hacer un rodeo teórico en torno al concepto de bien común.

En uno de los diálogos que prodiga en su extenso estudio sobre la democracia, Dahl pone en boca de un personaje apodado como *Modernista* una crítica usual al concepto de bien común: las tentativas para prescribirlo son, por un lado, harto limitadas, pues dichas tentativas pueden generar consecuencias indeseables en su aplicación práctica, y son, por otro lado, harto generales: el

³⁸⁸ “Por lo tanto, para poder lograr el enunciado de la voluntad general, importa que no haya sociedad parcial en el Estado, y que cada ciudadano no opino sino por sí mismo”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. Op. Cit., p. 61. Rousseau aclara que si el surgimiento de sociedades parciales es inevitable, entonces es preciso multiplicarlas para que no exista desigualdad entre ellas. En términos económicos, diríamos: favorecer la competencia y prevenir la formación de monopolios u oligopolios.

conflicto consiste en precisarlas³⁸⁹. Otro personaje, apodado *Pluralista*, plantea las posibles actitudes que podrían tener los ciudadanos frente a este problema:

"Los ciudadanos pueden: 1) procurar alcanzar el bien común y concordar sobre lo que entienden por tal; 2) procurar alcanzar el bien común pero discrepar en cuanto a lo que entienden por tal; 3) concordar en cuanto a lo que es el bien común pero no procurar alcanzarlo; 4) discrepar en cuanto a lo que es el bien común y no procurar alcanzarlo"³⁹⁰.

La primera perspectiva suele ser la de quienes defienden la democracia unitaria (en el diálogo de Dahl dicha postura es defendida por un personaje apodado *Tradicionalista*). Plantea no sólo la existencia de un bien común, sino la posibilidad cierta del trabajo colectivo para llegar a él. La segunda perspectiva, en tanto, plantea una tesis favorable hacia el bien común, pero limitada por la existencia de diversas visiones de la sociedad y por las dificultades objetivas de su implementación. Asume, pues, la existencia del conflicto sin renunciar a la búsqueda del consenso, aunque no parece segura de conseguirlo. La tercera perspectiva, por otra parte, no es escéptica frente al concepto de bien común, pero sí lo es frente a su aplicación práctica. Según esta visión, los ciudadanos tendrían más o menos claro qué es lo mejor para la polis, pero en el momento de decidir terminarían privilegiando indefectiblemente sus intereses privados. La cuarta perspectiva, finalmente, es claramente

³⁸⁹ DAHL, Robert. Op. Cit., p. 341.

³⁹⁰ *Ibíd.*, p. 347.

escéptica. Como vimos al principiar este capítulo, ella ha sido formulada de manera bastante completa por Joseph Schumpeter.

De estas cuatro visiones, sólo la primera y la segunda nos pueden servir como base para la elaboración de un concepto de bien común. La tercera y la cuarta no nos sirven, pues plantean un escepticismo radical respecto de la posibilidad de la acción colectiva para resolver los problemas de la comunidad.

Ahora bien, si queremos dilucidar la cuestión del bien común, es preciso que hagamos frente a las dificultades que éste entraña:

a) La dificultad de ponerse de acuerdo sobre su esencia. Aquí se debe responder a la pregunta de fondo: ¿qué es el bien común?;

b) La dificultad para decidir respecto de su determinación o especificación, debido a la complejidad de las sociedades modernas. Es decir, asumiendo que sabemos qué es el bien común, ¿cómo lo aplicamos al caso concreto?, ¿cómo decidimos, por ejemplo, la política pública específica que contribuirá a su consecución?;

c) La dificultad de definir el *público* sobre el cual se aplicará la fórmula acordada. ¿El bien de *quiénes* debe tomarse en cuenta?³⁹¹

Para Dahl, es preciso comenzar este análisis rechazando un ilusorio retorno a la concepción aristotélica del bien común, debido a que presupone una comunidad política excesivamente pequeña y relativamente simple, en comparación con las sociedades modernas de gran escala en las que vivimos.

³⁹¹ Resumo aquí los argumentos esgrimidos por los diversos personajes del diálogo presentado por Dahl, pp. 337-359.

Hecho esto, habría que resolver las interrogantes implícitas en las dificultades expuestas.

El autor comienza por la tercera de ellas: la dilucidación del *público* sobre el cual se aplicará el bien común. Para el autor, dicho público está compuesto por la totalidad de las personas “significativamente afectadas por la decisión”³⁹². Esto implica abrir el debate más allá de los límites de la polis. Una decisión motivada por la realización del bien común debería, en realidad, sopesar los efectos que ella tendrá sobre el resto del planeta. Se trata de una visión cosmopolita (podríamos agregar *kantiana*) del bien común.

En segundo lugar, el bien común debería determinarse mediante un proceso democrático³⁹³. Nadie puede arrogarse una capacidad superior al resto para decidir cuál es la forma en que debe implementarse el bien común.

Finalmente, ¿qué es el bien común? Para Dahl, éste no tiene una entidad sustantiva. Se trata, en realidad, de un concepto procedimentalista que él identifica con la democracia misma:

"Nuestro bien común (...) rara vez consiste (...) en objetos, actividades y relaciones específicos; de ordinario, consiste en las prácticas, procedimientos, instituciones y procesos que (...) promueven el bienestar nuestro y de los demás"³⁹⁴.

³⁹² *Ibíd.*, p. 368.

³⁹³ *Ibíd.*, pp. 368-369).

³⁹⁴ *Ibíd.*, p. 369.

Si bien considero que esta visión va en la dirección correcta, es preciso definirla aún más. No se trata de alabar el procedimiento por el procedimiento mismo. Lo que se busca defender es un proceso de toma de decisiones que detente ciertas virtudes y que, cumplidos ciertos requisitos mínimos, nos pueda llevar también a resultados virtuosos. No hay, pues, forma alguna de definir el bien común sin la interacción del resto de los miembros de la comunidad. El bien común se construye en el proceso mismo de la deliberación colectiva. Pero para que este proceso se lleve a cabo es necesario asegurar una serie de instancias de participación de la ciudadanía; si los ciudadanos no se reconocen suficientemente en dicho proceso, no estaremos realmente frente al bien común de todos sino frente al bien particular de algunos.

Por otro lado, si el bien común es una construcción colectiva, nadie puede atribuirse el papel de guardián o defensor del bien común, puesto que no podemos acceder a él individualmente. Esto implica oponernos a la idea tomista (y, en general, iusnaturalista) de que el bien común es inmediatamente cognoscible a través de la meditación individual o la revelación, y de que éste coincidiría a grandes rasgos con los valores de una religión o ideología determinada. En esta línea, volvemos sobre lo que afirmábamos a propósito de la homogeneidad prejurídica: las respuestas a nuestras preguntas políticas esenciales no están dadas; tampoco hay un mundo de las ideas puras que sea independiente del nuestro. Como indica Barber:

"La política democrática no puede asumir un lenguaje paradigmático enraizado en una sintaxis prepolítica, ya que ella misma versa *sobre* el lenguaje paradigmático. A través de una deliberación participativa y una conversación pública permanente ella se las ingenia para definir y redefinir los términos cruciales que usamos para definir y redefinir nuestras vidas comunes"³⁹⁵.

Afirmar la existencia del bien común no supone la eliminación de las diferencias sociales, sino que –al ser una construcción colectiva- podría definirse como *lo común entre los diferentes*. Esta visión asume que los heterogéneos ciudadanos de las democracias contemporáneas pueden llegar a descubrir, mediante la deliberación pública, lo común que hay entre ellos, lo que los beneficia a todos por igual. Por esta razón nuestro concepto de bien común está profundamente ligado a la democracia como régimen político y presupone un tipo de comunidad descentralizada, acéfala y heterogénea.

Esta visión deliberativa del bien común y la verdad política presenta una clara ventaja frente a las ideas esencialistas, pues incorpora la discusión sobre el bien de la comunidad en el seno mismo de la sociedad moderna. Esto no quiere decir que ella no está exenta de problemas. Así, sería necesario estudiar las distorsiones que la negociación y la lucha de fuerzas entre partidos políticos

³⁹⁵ "Democratic politics cannot assume a paradigmatic language that is rooted in prepolitical syntax because it is itself *about* paradigmatic language. Through participatory deliberation and ongoing public talk it contrives to define and redefine the crucial terms that we use in turn to define and redefine our common lives". BARBER, Benjamin. Op. Cit., p. 157.

y grupos de presión podrían generar sobre la deliberación pública. Sin embargo, me parece que no podemos abandonar este viejo concepto de la política, so pena de convertirla en una actividad vacía, desprovista de sentido.

En síntesis, tanto la perspectiva conservadora de la homogeneidad prejurídica, como la perspectiva radical de la voluntad general y el bien común se muestran deficitarias para comprender la manera en que la democracia se inserta en la sociedad moderna (sociedad caracterizada por su heterogeneidad y pluralismo). Frente a ello hemos rechazado la existencia de una identidad prepolítica y hemos propuesto un concepto procesal del bien común. Si tanto la identidad –debiéramos decir, más bien, la subjetividad- política como el bien común se construyen *en* el proceso democrático mismo, y ya convenimos que este proceso debe orientarse hacia la participación del *demos*, entonces se sigue que la protesta es una parte esencial de él. En cuanto manifestación pública y esencialmente no violenta del disenso, la protesta se integra en el proceso democrático con dos funciones fundamentales: 1) canalizar la expresión y la participación popular en el proceso de formación de las leyes y de las políticas públicas, y, 2) permitir al público afectado por dichas leyes y políticas expresar su crítica o descontento, ejerciendo un control informal respecto de su implementación. Aquí es necesario hacer una precisión que nuestra definición del capítulo II parece no haber considerado: si bien la protesta expresa disenso, éste no debe entenderse de una manera exclusivamente adversarial. La protesta refleja, también, un reclamo o

reivindicación; no impugna simplemente algo sino que, además, *muestra*. Es la manifestación de una *alteridad* que no ha sido considerada en la toma de decisiones. Es decir, la protesta puede ayudar a la construcción de un consenso ciudadano, instalando las ideas de parte de la ciudadanía en el debate público y, por otro lado, puede servir como válvula de escape a la crítica, enriqueciendo el proceso de deliberación.

B) EL CARÁCTER DEMOCRÁTICO DE LA PROTESTA

Habiendo criticado tanto las teorías elitistas como las teorías unitarias sobre la democracia, es necesario que intentemos determinar si basta con una concepción procedimentalista o si es necesario movernos más allá. Hemos dicho previamente que el procedimiento democrático tiene un carácter sustantivo, que las formas por las cuales se rige no son fórmulas vacías, que además la democracia requiere del reconocimiento de ciertos derechos de participación, y que el bien común y la identidad política se construyen mediante la deliberación pública. La protesta es una de las formas de canalizar la expresión popular y la participación de la ciudadanía en dicho debate. Por eso mismo, podríamos agregar, ella debería ser considerada en su justa medida: esto es, como un derecho propio del sistema democrático. A la configuración de este derecho nos abocaremos en los próximos dos capítulos. Ahora nuestro propósito es simplemente enmarcar la protesta dentro de una teoría de la democracia que abarque los elementos señalados más arriba.

1. Más allá de los procedimientos

Compartimos la tesis habermasiana que sostiene que las teorías procedimentalistas de Bobbio y Dahl no agotan todas las posibilidades de una concepción procedimental de la democracia. Y es que es preciso poner un acento especial a lo que Bobbio entendía como las precondiciones del sistema,

es decir, las condiciones que permiten que la regla de la mayoría tenga algún sentido. Como planteamos en el punto anterior, la regla de la mayoría,

"nunca es simplemente la regla de la mayoría (...) Los medios por los que una mayoría llega a ser una mayoría es aquí lo importante (...). La necesidad esencial (...) es la mejora de los métodos y condiciones del debate, de la discusión y la persuasión"³⁹⁶.

Es decir, se requiere un modelo que se preocupe no sólo por el cumplimiento de la regla de la mayoría sino por las condiciones que le otorgan legitimidad a la decisión mayoritaria. Para Habermas, este modelo debe enfatizar el aspecto deliberativo de la democracia y la inclusión de todos los posibles involucrados en las decisiones colectivas³⁹⁷. Ahora bien, Habermas no sólo reproduce un modelo institucional sino que además pone énfasis en el aspecto informal de la formación de la voluntad política. O sea, fija su mirada en aspectos que Bobbio y Dahl sólo miran desde lejos: la opinión pública y la sociedad civil.

Antes de entrar de lleno en el análisis de las categorías habermasianas, es preciso que situemos correctamente esta propuesta en el contexto de las diversas justificaciones de la democracia que se han defendido en la teoría

³⁹⁶ DEWEY, John. *The public and its problems*, Chicago, 1994, pp. 207 y ss., citado en HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, pp. 380-381.

³⁹⁷ *Ibíd.*, pp. 382-386.

política. Nos remitiremos aquí al esquema de Carlos Santiago Nino³⁹⁸, quien distingue dos familias principales de justificaciones del régimen democrático³⁹⁹, entre las cuales se pueden encontrar varias justificaciones mixtas que no analizaremos.

a) *La familia liberal* (o no transformativa)= supone que los intereses de las personas son preexistentes a la política e inalterables. Estas concepciones “generalmente parten de una visión pesimista de la naturaleza humana y de la posibilidad de cambiar las inclinaciones de las personas”⁴⁰⁰. Además, esta familia “simpatiza con el reconocimiento de los derechos liberales por medio de su insistencia en que la democracia no interfiera con el dominio de la moral constituido por esos derechos”⁴⁰¹. Dentro de esta familia tenemos:

i) El enfoque utilitarista;

ii) El análisis económico de la democracia (dentro del cual el autor sitúa a Richard Posner);

iii) Las concepciones elitistas de la democracia (el autor menciona aquí a Weber, Schumpeter, Mosca, Pareto y Sartori);

iv) La concepción pluralista (representada predominantemente por Dahl, aunque tendría antecedentes en Gierke, Duguit y Laski);

³⁹⁸ NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, capítulo IV.

³⁹⁹ Las etiquetas “liberal” (o no transformativa) y “participativa” (o transformativa) son mías, no del autor.

⁴⁰⁰ *Ibíd.*, p. 102.

⁴⁰¹ *Ibíd.*, p. 103.

v) Las teorías consensualistas, según las cuales la democracia se justifica por el consenso de los gobernados. Este consensualismo tendría dos versiones:

-aquella que descansa en el consentimiento hipotético, también llamada *contractualista* (el autor sitúa aquí a Rawls),

-la que descansa en el consentimiento real (el autor sitúa aquí a Peter Singer⁴⁰²).

b) *La familia participativa* (transformativa)= supone que el proceso político puede *transformar* las preferencias de las personas: “Ellas sostienen que, para justificar la democracia, debe concebírsela como un mecanismo que transforma los intereses originales de los individuos. Estas concepciones no separan el dominio de la política del de la moral, ya que reconocen que la política involucra inclinaciones morales, juicios morales y responsabilidades morales”⁴⁰³. Dentro de esta familia tenemos:

i) La tesis de la soberanía popular, según la cual la democracia es el único sistema que garantiza el autogobierno del pueblo (tesis expuesta por Rousseau)⁴⁰⁴;

ii) Las teorías perfeccionistas, según las cuales la democracia permite promover ciertos valores positivos para las personas, como su autorrealización

⁴⁰² Teoría del *estoppel*, ya referida en supra: Capítulo III, sección B), párrafo 3.2.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 132.

⁴⁰⁴ *Ibid.*, p. 133.

o su moralización (el máximo representante de estas teorías es John Stuart Mill, quien representaría un caso raro de utilitarismo perfeccionista)⁴⁰⁵;

iii) Los enfoques dialógicos. Se trata aquí de todas aquellas teorías que, “encuentran en el diálogo un medio para contener los intereses egoístas y el poder de las facciones que se basan en ellos. Este límite se logra gracias a la característica del diálogo de excluir aquellas posiciones que no pueden ser defendidas desde un punto de vista imparcial”⁴⁰⁶.

La teoría habermasiana se ubicaría claramente en la familia participativa o transformativa, y específicamente dentro de los enfoques dialógicos⁴⁰⁷. Cabe mencionar además que Habermas pretende que su teoría del discurso se ubique en un punto intermedio entre liberales y republicanos. Mientras los primeros ven al Estado como un guardián de la sociedad económica, donde el proceso democrático se efectúa mediante compromisos entre intereses diversos (esto es lo que comúnmente se denomina como teoría del *pluralismo*) y el único criterio legitimador de dichos compromisos se encuentra en los derechos fundamentales, los segundos entienden la democracia como una

⁴⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 137-138.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*, p. 142.

⁴⁰⁷ La concepción de la democracia que hemos defendido a lo largo de este trabajo también se ubica en la familia participativa, aunque reconocemos que la democracia puede justificarse con igual fortuna desde premisas rousseauianas, perfeccionistas y dialógicas. De hecho, podríamos decir que la democracia tiene una justificación y un valor triple: en sí misma vale por ser el único régimen que permite el autogobierno; la práctica del autogobierno sólo tiene valor en cuanto permite maximizar la autonomía de los ciudadanos; y esto sólo podrá ocurrir en tanto se respeten ciertas reglas procedimentales orientadas por el diálogo en torno a la verdad. Es decir, la democracia nos permite llegar a la verdad política por medio de la deliberación y el diálogo entre iguales.

comunidad ética institucionalizada en la forma del Estado. Aquí, el proceso democrático funcionaría como reflejo de un autoentendimiento ético-político. La deliberación -para los republicanos- se apoyaría, pues, en un consenso de fondo inculcado por la propia cultura de la comunidad política⁴⁰⁸.

En contraste, Habermas entiende la democracia como un procedimiento ideal para la deliberación y la toma de decisiones, ya que ella establece una conexión interna entre consideraciones pragmáticas (compromisos, teorías de la justicia, etc.), y fundamenta la presunción de que, bajo las condiciones de un suficiente suministro de información de los problemas y una elaboración de esa información ajustada a la realidad, se pueden conseguir resultados racionales y justos⁴⁰⁹. La razón práctica se sustrae, pues, tanto de los derechos como de la eticidad de la comunidad para centrarse en las reglas del discurso racional. Si bien se parece al esquema republicano, la teoría del discurso no plantea una sociedad centralizada, sino que retoma el presupuesto liberal del pluralismo de intereses sociales. La diferencia con el pluralismo radica, por otra parte, en que, para esta teoría, es posible llegar a un acuerdo entre las distintas posturas⁴¹⁰. La base del sistema no es ni un orden superior o supra legal ni un sujeto social

⁴⁰⁸ Esta postura es propia de los defensores de la democracia radical en su vertiente unitaria, que analizamos en el punto anterior.

⁴⁰⁹ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Op. Cit., pp. 372-373.

⁴¹⁰ Los pluralistas proponen, al contrario, un sistema formado en base a la negociación moral entre posturas distintas. El resultado es una situación de compromiso, no de auténtico consenso.

global, sino que radica en la *intersubjetividad*, en los ámbitos públicos donde se forma de manera racional la opinión y la voluntad pública⁴¹¹.

Para Habermas se debe entender el sistema político actual como compuesto por tres elementos básicos: poder administrativo, dinero y solidaridad⁴¹². En este esquema, el poder administrativo no es otra cosa que la vieja tripartición entre poder legislativo, ejecutivo y judicial, donde sólo el primer elemento tiene un contacto directo y –supuestamente- *constante* con el pueblo⁴¹³. En la actualidad está claro que las decisiones de estos órganos se han ido autonomizando cada vez más, y que, poco a poco, han dado pie a la conformación de sistemas burocráticos y tecnocráticos desvinculados de la ciudadanía.

Por otro lado, el dinero es el elemento que rige al poder económico, poder que no se sujeta a criterios democráticos sino a la ley del mercado. El déficit democrático del mercado como asignador de recursos es bastante obvio:

⁴¹¹ *Ibid.*, p. 375. Como dice Bernard Manin: “Es necesario modificar radicalmente la perspectiva común tanto a las teorías liberales como al pensamiento democrático: la fuente de legitimidad no es la voluntad predeterminada de los individuos, sino más bien el proceso de su formación, es decir, la deliberación misma” (en el artículo: “On Legitimacy and Political Deliberation”, *Political Theory*, vol. 15, 1987, pp. 351 y ss). Citado por Habermas en: *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Barcelona, Editorial Gustavo Gili, 1994, p. 26.

⁴¹² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Op. Cit., p. 375 y ss.

⁴¹³ De los tres poderes, el poder preponderante es, en la práctica, el poder ejecutivo, que en nuestro país tiende a confundirse con la administración del Estado. En esta línea, Castoriadis nos advierte que hablar de poder “ejecutivo” es un contrasentido: “Los que ejecutan son los oficiales de justicia y las dactilógrafas. El poder ejecutivo es, en realidad, el poder gubernamental; toma decisiones que no son predeterminadas por ninguna ley. No aplica la ley, actúa en el contexto de las leyes, lo que es completamente diferente. Sus decisiones son, en los casos importantes, discrecionales y sin apelación posible”. Véase: “¿Qué democracia?”, en: CASTORIADIS, Cornelius. *Figuras de lo pensable (Las encrucijadas del laberinto VI)*, Op. Cit., p. 159.

él no persigue un objetivo igualitario, sino que busca explícitamente el éxito de unos en detrimento de otros⁴¹⁴. Su máximo parámetro de justicia es generar un aumento general de la riqueza en la sociedad, pero no la disminución de las diferencias entre ricos y pobres.

Finalmente, la solidaridad es el elemento propio de la sociedad civil, entendida como un entramado heterogéneo de grupos de interés, asociaciones ciudadanas y gremiales, sindicatos, medios de comunicación, colectivos culturales, etcétera. Se trata de un elemento al mismo tiempo cooperativo y comunicativo. Esto contrasta con el poder administrativo, donde impera una lógica jerárquica, y con el poder económico, donde impera la competencia. Ambos sistemas están signados por la acción estratégica y no por la acción orientada al entendimiento que predomina en la sociedad civil. Del trinomio presentado por Habermas, entonces, sólo la solidaridad que rige la sociedad civil puede ayudarnos a conformar un verdadero *espacio público* donde las personas se relacionen sin jerarquías, en un plano de relativa igualdad.

Esta noción de espacio público (o esfera de la opinión pública) es muy relevante en el análisis habermasiano. El concepto atraviesa, en cierta forma, toda la obra de este pensador. Ya dijimos en el capítulo II que, para Habermas, la esfera de la opinión pública es entendida como una “red para la

⁴¹⁴ Para una crítica del mercado capitalista y la propuesta de un mercado funcional a la democracia, véase: CASTORIADIS, Cornelius. *Ibíd.*, pp. 167-169.

comunicación de contenidos y tomas de postura”⁴¹⁵. Se trata de una esfera de *influencia* más que de poder propiamente tal⁴¹⁶.

Esta idea viene anticipada ya en su tesis doctoral sobre la opinión pública⁴¹⁷, donde describe cómo esta última era entendida por la clase burguesa del siglo XVIII. La llamada opinión pública o publicidad política se originó a partir de lo que el autor denomina *publicidad literaria*, que no es otra cosa que el surgimiento de la prensa, o, en otras palabras, el comienzo de la circulación de las noticias impresas en función de los flujos comerciales. Lo que en un principio fue simple necesidad de información utilitaria, decantó ya a fines del siglo XVII en la formación de una verdadera *sociedad lectora*, una sociedad epistolar que se caracterizó por el constante flujo de periódicos, libros, cartas, diarios de vida y opúsculos políticos. Poco a poco empezaron a surgir clubes y sociedades (públicas y secretas) donde las personas se juntaban a discutir sobre la actualidad política y el avance de las artes. Este fenómeno, si bien se dio en toda Europa, tuvo un mayor impacto en la sociedad inglesa. Allí, los periódicos cubrían en detalle las sesiones del Parlamento, donde se discutían los asuntos políticos de mayor importancia⁴¹⁸. Pronto, las opiniones vertidas por los periódicos más populares empezaron a influir en las discusiones de los

⁴¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Op. Cit., p. 440.

⁴¹⁶ *Ibíd.*, p. 443.

⁴¹⁷ En rigor, debería decirse *publicidad*, en el sentido original de la palabra, entendiendo por tal todo aquello relacionado con la esfera de *lo público*. La opinión pública es sólo un aspecto de este entramado. Véase la advertencia del traductor Antonio Doménech, en: HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*, Op. Cit., p. 40.

⁴¹⁸ Carl Schmitt recuerda que Donoso Cortés solía referirse a la clase burguesa como “clase discutidora”. Véase: ORESTES AGUILAR, Héctor. Op. Cit., p. 60.

representantes, y se generó un diálogo directo entre el “público” –compuesto principalmente por la sociedad lectora, esto es, la sociedad burguesa- y los parlamentarios⁴¹⁹.

En este contexto, la sociedad burguesa, determinada por las leyes del libre mercado, “se presenta no sólo como una esfera libre de dominación, sino como una esfera exenta de poder”⁴²⁰. El mercado, a diferencia de la sociedad estamental, no reconoce distinciones ni jerarquías, es un espacio neutro: su único criterio de selección es el dinero. Pronto, la opinión pública se empezó a convertir en sinónimo de esa neutralidad que se le confería al mercado; su valor *racional* provenía de su supuesta espontaneidad, equivalente a la espontaneidad de las leyes de la oferta y la demanda; se trataba de un espacio de deliberación pura cuyo fin declarado era la verdad. Esta autocomprensión de la sociedad burguesa tiene un correlato directo en la concepción burguesa de ley, entendida como “expresión o manifestación de la razón”⁴²¹. En este sentido, “[e]l dominio de la ley lleva implícita la intención de la disolución del dominio en general”⁴²². Se invierte así la clásica aseveración de Hobbes: para la burguesía, *veritas non auctoritas facit legem*⁴²³.

Es preciso retener esta idea sobre la opinión pública, a pesar de su carácter evidentemente ideológico, ya que ella está en la base de los actuales

⁴¹⁹ Para ver dicha evolución en detalle: HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública*, Op. Cit., pp. 65-103.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 115.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 117.

⁴²² *Ibid.*

⁴²³ *Ibid.*, p. 118.

discursos sobre lo público, como un lugar caracterizado no sólo por la lucha de fuerzas antagónicas sino, también, por ser un espacio de discusión racional entre grupos diversos.

Ahora bien, dicha visión (idealizada) de la opinión pública llegará a su fin a mediados del siglo XIX con el surgimiento de un nuevo actor social: el proletariado. Con el sufragio universal y la creciente movilización obrera se introdujeron nuevos tópicos en la discusión, lo que puso en entredicho muchas de las concepciones supuestamente “racionales” de la burguesía, como la separación tajante entre lo público y lo privado, la idea del mercado como esfera independiente de la dominación, la posibilidad del burgués de actuar como amo y señor de la fábrica, etcétera: “Los conflictos hasta aquel momento reservados a la esfera privada *aparecerán* ahora en el escenario de la publicidad (...)”⁴²⁴. Los liberales, otrora creyentes en la publicidad como expresión de la razón, comenzarán a denostarla. Esto derribará la idea de que la ley es una mera manifestación de la razón:

"Las leyes, promulgadas bajo la “presión de la calle”, difícilmente pueden ahora entenderse como normas emanadas del razonable consenso entre personas privadas que polemizan en público; esas leyes expresan más o menos abiertamente el compromiso entre intereses privados en competitiva pugna”⁴²⁵.

⁴²⁴ *Ibíd.*, p. 163. Las cursivas son mías.

⁴²⁵ *Ibíd.*

De la disolución del poder hemos pasado a su reparto; la única esperanza “liberal” recae, entonces, en su posible limitación⁴²⁶. Para ello, el nuevo ardid será la formación de una publicidad manipulativa, cuya expresión normal se dará en la propaganda política y la “publicidad” comercial, provenientes ambas del mismo tronco original, donde la competencia electoral y la competencia por el consumo se confunden⁴²⁷. En ambos casos se trata de “vender” un producto en el mercado, de seducir visual o emotivamente antes que de persuadir con la fuerza del mejor argumento. Al mismo tiempo, se consolida una opinión pública “formal”, constituida por los actos y discursos oficiales del poder. La escisión entre estos dos ámbitos es evidente y nos demuestra lo alejados que estamos del modelo ideal (e ideológico) de la publicidad burguesa del siglo XVIII.

Sin embargo, en el hiato que separa ambos discursos se empezará a hablar de opinión pública en un tercer sentido: para significar la existencia de una “instancia crítica” respecto de la notoriedad pública de los órganos que ejercen el poder político y social⁴²⁸. En este caso, la opinión pública se desempeñará como instancia *mediadora* entre el proceso de producción formal de la ley y su recepción material por parte del público democrático. Y es que, como argumentamos en los primeros capítulos, no basta que un sistema social sea legal; además debe ser *legítimo*. No basta que un sistema normativo

⁴²⁶ *Ibíd.*, p. 167.

⁴²⁷ Para la evolución de este fenómeno, véase: *Ibíd.*, pp. 172-260.

⁴²⁸ *Ibíd.*, p. 261.

funcione y que cada norma pueda subsumirse de una norma superior; también es preciso que los sujetos acaten y *acepten* dicho sistema normativo. Si entendemos que la base de la integración social radica, generalmente, en el proceso de producción de normas, será necesario, pues, que dicho proceso sea accesible a todos los ciudadanos. Si la base del sistema radica en el consenso racional, todos deben *sentirse*, al menos, como auto legisladores.

Este exigente proceso de legitimación, propio del Estado moderno (caracterizado por la democracia y los derechos fundamentales), implica necesariamente una valoración de la *opinión pública crítica* como un aspecto central del sistema. Es más, desde un punto de vista institucional se trataría de “la única base reconocida de legitimación del dominio político”⁴²⁹. Para Habermas, la medida en que la opinión pública crítica logra imponerse a la publicidad manipulativa “es un índice del grado de democratización de la sociedad industrial constituida por el Estado social, esto es, del grado de *racionalización del ejercicio del poder político y social*”⁴³⁰.

Esta pretensión de Habermas, si bien se irá suavizando con el transcurso de los años, persiste a lo largo de sus investigaciones; las estrategias, sin embargo, cambiarán sustancialmente. Mientras el primer Habermas propone una idea muy propia de la socialdemocracia de la época, a saber, la

⁴²⁹ *Ibíd.*, p. 262.

⁴³⁰ *Ibíd.*, p. 257.

democratización de los partidos políticos y las empresas⁴³¹, en su ya clásico *Facticidad y validez*, nos muestra el esquema social tripartito ya enunciado, donde se distinguen tajantemente los ámbitos del poder administrativo, el poder económico y la sociedad civil. Sólo en este último ámbito subsistiría la pretensión racionalizadora de la opinión pública; sólo en ella “lo” público podría efectivamente realizarse.

Para que la sociedad civil adquiriera en la práctica esta relevancia que le otorga la teoría, es necesario que las decisiones vinculantes dentro de la sociedad vengan controladas por “flujos de comunicación que partan de la periferia y pasen las esclusas de los procedimientos democráticos y de los procedimientos propios del Estado de derecho”^{432 433}. Esto es, la legitimación – para Habermas- se forma en un movimiento dialéctico desde la *periferia* (desde la sociedad civil no vinculada directamente con los agentes estatales o los poderes económicos) hacia el centro. Pero esta condición es demasiado fuerte

⁴³¹ Sin llegar a pronunciarse a favor o en contra, Bobbio señala de manera tajante: “Hasta que los dos grandes bloques de poder que existen en lo alto de las sociedades avanzadas, la empresa y el aparato administrativo, no sean afectadas por el proceso de democratización... el proceso de democratización no podrá considerarse realizado plenamente”, en: *El futuro de la democracia*. Op. Cit., p. 35. Por otra parte, Dahl ve la democratización del poder económico como *necesaria* para el desarrollo futuro de la democracia. Véase: DAHL, *La democracia y sus críticos*, Op. Cit., pp. 392-398.

⁴³² HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*, Op. Cit., p. 437.

⁴³³ Aquí el autor se refiere a un modelo social propuesto por Bernhard Peters, denominado “sistema de esclusas”. Como se sabe, una esclusa es “una obra construida en las vías de agua, con puertas de entrada y salida, que permite a los barcos franquear un desnivel, llenando de agua o vaciando el espacio comprendido entre dichas puertas” (Pequeño Larousse Ilustrado 1998). Según este modelo, “los procesos de comunicación y decisión del sistema político articulado en términos de estado de derecho se ordenan conforme a un eje centro-periferia, vienen estructurados por un sistema de esclusas y se caracterizan por dos formas (una ordinaria y otra extraordinaria) de elaboración de problemas” (Ibíd., p. 435). Durante su funcionamiento extraordinario las compuertas se abren, permitiendo que el agua (es decir, los flujos de comunicación provenientes de la periferia) inunden el espacio central, que representa al sistema (poder administrativo).

para ser cumplida por el funcionamiento normal de las democracias occidentales. Es necesario, entonces, romper la rutina del complejo parlamentario y conseguir un *funcionamiento extraordinario*.

La sociedad civil no es –en este esquema– un simple reflejo de la sociedad económica; su núcleo institucional viene constituido por una “trama asociativa no-estatal y no-económica, de base voluntaria, que ancla las estructuras comunicativas del espacio de la opinión pública en la componente del mundo de la vida”⁴³⁴. Ella se estructura en torno a una serie de organizaciones y movimientos sociales que sirven como una verdadera *caja de resonancia* de los problemas sociales, transmitiéndolos en el espacio de la opinión pública crítica⁴³⁵.

Pero, ¿cómo se “socializa” en este sentido el sistema estatal? La respuesta de Habermas consiste en la valorización de un aspecto que los autores analizados anteriormente eran renuentes a considerar: los *movimientos en escalada*⁴³⁶, es decir, los movimientos donde la sociedad civil irrumpe, superando las barreras que el centro le había impuesto a la acción proveniente de la periferia. Esto es lo que nosotros entendemos como movimientos de protesta. Un ejemplo práctico en nuestro país son las sucesivas irrupciones del movimiento estudiantil, específicamente las de los años 2006 y 2011. En ambos

⁴³⁴ *Ibíd.*, p. 447. La sociedad está compuesta, según Habermas, por dos ámbitos que se interrelacionan: el sistema y el mundo de la vida. El primero comprende a los poderes económicos y administrativos, regidos por la razón estratégica, mientras que el segundo tiene expresión en la sociedad civil y todos aquellos ámbitos sociales donde impera la razón comunicativa o formas de razón diferentes de la razón estratégica.

⁴³⁵ *Ibíd.*

⁴³⁶ *Ibíd.*, pp. 461-463.

casos, la iniciativa de reforma fue *exterior* al sistema; los manifestantes articularon un interés legítimo (educación pública gratuita, de calidad y sin fin de lucro) que generó un apoyo transversal en la sociedad civil, y produjeron suficiente presión para que el tema ingresara en la agenda pública⁴³⁷. Si bien en estos casos concretos el centro burocrático no satisfizo de manera inmediata las demandas de la sociedad civil, es evidente que durante ambos procesos (especialmente en el de 2011) el movimiento fue exitoso en reconfigurar el debate público sobre la educación⁴³⁸. Y es que la protesta permite generar una verdadera conciencia de crisis, cambiando la estructuración incluso de los espacios públicos que previamente se encontraban cooptados por el aparato estatal⁴³⁹.

Por otro lado, cabe destacar que los actores políticos que participan en la protesta no apelan a la aprobación de quienes detentan cargos públicos o se encuentran en una posición de poder, sino que buscan el “asentimiento del público que ocupa la galería”⁴⁴⁰. Como dice Rawls, a propósito de la desobediencia civil: “El último tribunal de apelación no es un tribunal, ni el ejecutivo, ni la asamblea legislativa, sino el electorado en su totalidad”⁴⁴¹.

⁴³⁷ El mismo Habermas advierte, eso sí, que el poder comunicativo “no puede sustituir a la específica lógica sistémica de las burocracias públicas. Más bien, influye sobre ellas “al modo de un asedio”. HABERMAS, Jürgen. *Historia y crítica de la opinión pública*, Op. Cit., p. 32.

⁴³⁸ Ver supra.: Capítulo IV, sección A), parágrafo 1.2

⁴³⁹ *Ibíd.*, p. 463.

⁴⁴⁰ *Ibíd.*

⁴⁴¹ RAWLS, John. *Teoría de la justicia*, Op. Cit., p. 354.

Estos movimientos de protesta producen, en definitiva, una “coerción que empuja a plantear cuestiones de legitimidad”⁴⁴². La protesta juega un rol clave en la democracia en cuanto forma de acción política crítica emanada de la sociedad civil. Ignorar o prohibir la protesta –es decir, criminalizarla- implica necesariamente remover el momento *crítico* de la formación de la voluntad democrática, impedir que la ciudadanía pueda cuestionarse efectivamente el sistema normativo en el cual ella está inmersa, sucumbir –en definitiva- ante la perpetuación de la dominación heterónoma.

2. El lugar de lo político

La propuesta habermasiana ilumina muchos aspectos del funcionamiento real de las democracias liberales, al tiempo que proyecta sobre ellas un horizonte normativo basado en el ideal de una comunidad de habla orientada al entendimiento. Según esta propuesta, la democracia tiene un componente utópico que no puede ser soslayado. Ahora bien, esta visión ha sido criticada desde varios flancos. Me limitaré a los dos que me parecen más relevantes⁴⁴³. En primer lugar, se ha dicho que la concepción deliberativa de la democracia

⁴⁴² *Ibíd.*, p. 464.

⁴⁴³ Por ejemplo, se ha dicho que, por mucho que ésta y otras teorías procedimentalistas se propongan valorar a la democracia por sí misma, sin referencia a algún valor ulterior (o “sustancial”), en realidad las reglas democráticas son medidas generalmente en atención a otros valores que la superan. En otras palabras, que la democracia deliberativa apunta más allá de la democracia. Véase: ESTLUND, David. “Democratic Theory”, en: JACKSON, Frank y SMITH, Michael (eds). *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, New York, Oxford University Press, 2005, pp. 208-228.

defendida por Habermas y otros autores⁴⁴⁴ le da una importancia excesiva al consenso, omitiendo una realidad que otras teorías (como la concepción pluralista) sí consideran: que existen diferencias ideológicas irreconciliables entre los seres humanos. Esta situación ya la advertimos en el párrafo anterior: nuestra idea de protesta está más enfocada en la afirmación del derecho al disenso de las minorías que a la configuración del consenso⁴⁴⁵. Sin embargo, también dijimos que, asumiendo que la protesta es una manifestación pública y esencialmente no violenta del disenso, ella tiene un valor social innegable en la legitimación del sistema. La protesta no sólo refleja una posición ideológica particular, sino que también busca trabar un diálogo con el resto de la ciudadanía. En este sentido, nuestra idea de protesta, si bien puede trascender los límites de la democracia deliberativa tampoco se contrapone a ella.

En segundo lugar, se ha criticado a esta teoría por presentar una imagen demasiado “aséptica” de la política democrática. En este punto coincidimos con la crítica. El espacio de la opinión pública (o la *publicidad*, en términos

⁴⁴⁴ Para un análisis de diversas perspectivas dentro de la concepción deliberativa de la democracia, véase: ELSTER, Jon (compilador). *La democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2001.

⁴⁴⁵ Por otra parte, Gargarella se ha hecho cargo de esta crítica a la democracia deliberativa: “¿Quién puede creer que la deliberación garantiza la imparcialidad, suprime las diferencias ideológicas, produce conocimientos perfectos, o reconcilia lo irreconciliable? En todo caso, lo que los defensores de la democracia deliberativa tendemos a pensar es que ella *minimiza* o tiene la potencia para minimizar ciertos riesgos habitualmente asociados a sistemas institucionales como el que tenemos (i. e., el hecho de que se tomen decisiones descuidando información importante, o sin escuchar a aquellos a los que deberíamos haber escuchado; o sin reflexionar mínimamente sobre los problemas o consecuencias que se derivan de nuestras demandas; o sin dar consideración debida de los puntos de vista de los demás”. GARGARELLA, Roberto. “Réplica a “Las paradojas de la democracia deliberativa” de Andrés Palacios Lleras, Revista “Jurídicas”, Vol. 3, N° 2, Universidad de Caldas, p. 186.

habermasianos) no puede estar excesivamente restringido por las demandas de la teoría del discurso. En la vida real de las democracias liberales no existe un espacio completamente libre de manipulación o de estrategias hegemónicas. Esto se desprende claramente de nuestra caracterización de la protesta en el capítulo I. Dijimos que si bien existe un componente discursivo (o comunicativo) en todo acto de protesta genuino, también pueden estar presente la fuerza, la manipulación o la negociación. La diferencia entre la eventual manipulación ejercida por los manifestantes y la publicidad manipulativa típica radica en que se trata de un poder contrahegemónico, que busca visibilizar un problema social que la opinión pública formal ha pasado por alto. Si bien este discurso puede manipular o apelar a la emotividad del público receptor, su fin mediato es siempre la generación de un *debate público robusto*⁴⁴⁶, que considere, por cierto, su concepción alternativa de los problemas sociales, ampliando el rango de los intereses representados por el sistema político. La conformación de un debate público de estas características puede constituirse en una vía para “remediar el problema que significa no haber optado por una forma más directa de democracia, y como forma de dotar de sentido a la democracia representativa”⁴⁴⁷. La protesta no es una simple estrategia para defender intereses sectoriales o partisanos; ella tiene un gran potencial para comunicar causas universalistas, para promover la justicia y el bienestar social. Y es que la

⁴⁴⁶ Tomo aquí la expresión de Roberto Gargarella. Véase: *El derecho a protestar*, Op. Cit., p. 40.

⁴⁴⁷ *Ibíd.*, p. 60.

protesta busca convencer o persuadir al resto de los ciudadanos de que existen injusticias sociales que deben ser resistidas colectivamente⁴⁴⁸.

Ahora bien, la descripción habermasiana del sistema social, dividido entre el centro y la periferia, donde esta última sólo puede irrumpir mediante movimientos en escalada que asedian –pero no substituyen- al poder central, da cuenta de un equilibrio bastante precario. La pregunta que surge es si un sistema tan frágil será capaz de sobrevivir por mucho tiempo sin cambios estructurales. Por otro lado, la democracia deliberativa, al plantearse como una idea regulativa (como un ideal subyacente a las instituciones liberales), debe ser entendida como una proposición normativa, como un *telos* político que va más allá del actual sistema.

Estos dos aspectos –la insuficiencia del modelo habermasiano y el telos normativo de la democracia deliberativa- dan cuenta a su vez de la necesidad de repensar en forma crítica las instituciones existentes. Por ejemplo, deberíamos ser capaces de considerar la incorporación de mecanismos de democracia directa en el sistema, y meditar sobre la relación entre democracia y modelo económico⁴⁴⁹. En este sentido, los movimientos de protesta que han proliferado últimamente en Chile y en el resto del mundo no reflejan solamente demandas específicas de carácter nacional o local, sino que expresan un

⁴⁴⁸ Véase el interesante contraste que realiza Iris Young entre el pensamiento del activista y el de la democracia deliberativa, proponiendo su complementariedad, a pesar de la existencia de una evidente tensión entre ambos: YOUNG, Iris. “Activist Challenges to Deliberative Democracy”, *Political Theory*, Vol. 29, N° 5, 2001, pp. 670-690.

⁴⁴⁹ Estos debates son, por cierto, bastante antiguos. A los ya citados Barber, Bobbio y Dahl, añádase: MACPHERSON, C. B., *Op. Cit.*, pp. 130-137.

elemento común de *ruptura* con las formas políticas que han imperado en las últimas décadas. No podemos saber dónde terminarán dichos movimientos, pero sí podemos afirmar que, hasta ahora, ellos han abogado por el perfeccionamiento y la ampliación de la democracia.

De hecho, se puede entrever aquí la manifestación de un proceso bastante profundo, un proceso que ha acompañado en toda su historia al ideal democrático. Se trata del proceso de *emancipación*, el paso del Estado absoluto y estamental de la Edad Media al Estado democrático e igualitario de la Edad Moderna. Es preciso comprender a cabalidad la radical innovación que este paso significa. Por un lado, tenemos un retorno a las bases de la autonomía política griega, tal como ya señalamos en los párrafos anteriores. Por otro, se incorpora a ese ideal antiguo un nuevo ideal universalista que plantea la igualdad radical de todos los seres humanos. Lo anterior implica, ni más ni menos, que el paso de una antropología de la desigualdad a una antropología de la igualdad⁴⁵⁰.

Un autor que ha insistido en esta radical innovación de la democracia moderna es Jacques Rancière. Él define lo político como el encuentro de dos procesos heterogéneos: el proceso del gobierno en todas sus dimensiones, que él denomina *policía*, y el proceso de la igualdad, que él denomina *política*⁴⁵¹. Se trata de dos actividades que tienden a objetivos distintos. Mediante la primera se busca organizar la sociedad, distribuir jerarquías y funciones; la segunda, por

⁴⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*, Op. Cit., p. 306.

⁴⁵¹ Rancière, Jacques. *Política, policía, democracia*, Op. Cit., p. 17.

otro lado, es derechamente conflictiva, busca verificar la presuposición de la igualdad de cualquiera con cualquiera. La política se enfrenta a la policía, ya que esta última, al enfocarse en la jerarquización y el ordenamiento de las funciones, “daña la igualdad”⁴⁵². En este esquema, lo político viene a ser la “escena donde la verificación de la igualdad debe tomar la forma del tratamiento de un daño”⁴⁵³. O, en otras palabras, lo político es un ámbito esencialmente polémico, porque en él se encuentran enfrentadas la policía y la política.

Para Rancière la política no es, entonces, el espectáculo cotidiano del juego entre gobierno y oposición sino precisamente esos desbordes del sistema que los analistas describen como “patologías” y que Habermas entiende como el funcionamiento “extraordinario” de la democracia. Mientras la normalidad de los partidos políticos representados en el Congreso y los agentes del gobierno estaría regida por el principio jerárquico –un panorama repleto de personas honorables y excelentísimas-, la “anormalidad” de los movimientos ciudadanos se regiría por el *principio de la igualdad*, que en este orden piramidal es visto siempre como una ruptura. Por lo tanto, este autor reconduce la política a la práctica revolucionaria en su afán permanente por concretar la igualdad entre todas las personas. Esta política bien puede ser denominada como proceso de emancipación. ¿Qué significa esto? Básicamente que,

"el proceso de emancipación [la política] es la verificación de la igualdad de cualquier ser hablante con cualquier otro. Siempre está implementado

⁴⁵² *Ibíd.*, p. 18.

⁴⁵³ *Ibíd.*

en nombre de una categoría [los estudiantes, las mujeres, las minorías étnicas, las minorías sexuales, etc.] a la que se le niega el principio de esta igualdad o su consecuencia (...)"⁴⁵⁴.

Pero esta igualdad no manifiesta nada de la categoría en cuestión. No tiene nada que ver con una demanda por reconocimiento, ni con la utilización del espacio público como mesa de negociación entre identidades diversas. Obviamente, el respeto a las diferencias es un aspecto básico de la política democrática, pero lo relevante para estos efectos no es el reconocimiento de una identidad diversa dentro del espacio público, ni el reconocimiento de una categoría específica (las mujeres, los trabajadores, las minorías sexuales) como categoría, sino, más bien, la aceptación de una igualdad. Por ejemplo, cuando los movimientos de liberación homosexual abogan por su derecho a contraer matrimonio, no están abogando simplemente por el reconocimiento de su identidad sexual, sino que reclaman que se reconozca su idoneidad para acceder, en cuanto iguales al resto de las personas, a ciertos bienes sociales que otorga el matrimonio.

Para Rancière, “el esquema lógico de la protesta social, en general puede resumirse así: ¿pertecemos o no a tal categoría (...) y qué es lo que resulta de eso?”⁴⁵⁵ Por ello es que la lucha por la igualdad sólo puede

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 20.

materializarse mediante *demonstraciones*: los manifestantes buscan demostrar en la arena pública que son iguales al resto.

Este último punto no es baladí. Si aceptamos que la democracia es un aspecto central del proceso emancipatorio, debemos concluir forzosamente que para ella la protesta es fundamental. Y es que el disenso “no es la confrontación de intereses u opiniones. Es la manifestación de una separación de lo sensible consigo mismo”⁴⁵⁶. El disenso hace aparecer ante nosotros la contradicción entre la realidad y nuestros presupuestos normativos. La importancia de la protesta radica, pues, en que ella “deja ver lo que no tenía razones de ser visto, *aloja un mundo en otro*”⁴⁵⁷. Así, por ejemplo, el mundo de la fábrica irrumpió en el mundo burgués cuando los movimientos obreros empezaron a manifestarse mediante huelgas y paros. De la misma manera, el discurso educacional chileno fue completamente reconfigurado en los últimos años, y conductas que antiguamente eran consideradas normales –como el lucro con recursos públicos- se volvieron cuestionables. Estos ejemplos dan cuenta del nexo profundo entre protesta y democracia, entre disenso y consenso.

Podemos aventurar, junto a Rancière, que la esencia de la política (y por ende, de la democracia) es precisamente “la manifestación del disenso, como

⁴⁵⁶ *Ibíd.*, p. 73.

⁴⁵⁷ *Ibíd.* Las cursivas son mías. Por esta misma razón, Habermas dice que la protesta hace “aparecer” al movimiento obrero en la escena política.

presencia de dos mundos en uno solo”⁴⁵⁸. Sin la existencia de un derecho a disentir –y a manifestarlo en la protesta- cualquier consenso político sería vano.

⁴⁵⁸ *Ibíd.*, p. 71

V.

EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTESTA

En este trabajo nos hemos aproximado a la protesta desde varias perspectivas. Primero intentamos conceptualizarla, luego indagamos en su relación con la desobediencia y la rebelión, analizamos someramente su tipología y la justificamos normativamente desde el punto de vista de la teoría de la democracia. Dicha justificación operó en dos niveles: primero dijimos que la protesta era inseparable de la democracia, incluso entendida según una teoría minimalista. Sin embargo, también señalamos las limitaciones de dicha teoría que nos motivaban a abrazar un concepto más inclusivo de democracia. En función de ello, ponderamos la relevancia de la protesta para la deliberación y la formación de la opinión pública, y abogamos por un mayor desarrollo del derecho a protestar en el marco de una teoría participativa o deliberativa de la democracia.

Después de todo esto, sin embargo, todavía tenemos que enfrentar la crítica del escéptico. Podemos imaginarlo, de hecho, mirándonos por encima del hombro, cuestionando qué es lo que tiene que ver todo esto con “lo jurídico”. Muy bonito, podría decirnos, pero el derecho a la protesta no existe en nuestro

ordenamiento. No se encuentra positivizado en la Constitución, ni reconocido en instrumentos internacionales. Es humo, *flatus vocis*, cáscara vacía.

En efecto, no hay en nuestra Constitución un artículo concreto que garantice *explícitamente* el derecho a la protesta. Pero no se puede sostener seriamente que un derecho comienza a existir sólo cuando se pone por escrito, a menos que nos dejáramos llevar por un prejuicio literalista. Si siguiéramos esta idea *al pie de la letra* tendríamos que concluir que la Constitución de 1925 negaba la existencia de un derecho a la vida. En realidad, la ausencia de una consagración positiva del mentado derecho significa que este era presupuesto por el resto de los derechos consagrados por la Constitución; no significa que se le negara validez. No deja de ser tristemente irónico que el mismo gobierno que atropelló fuertemente este derecho haya sido el primero en positivizarlo.

Por cierto, la idea de positivizar un derecho no es baladí. Su objetivo es otorgar seguridad jurídica a su ejercicio, garantizarlo frente a la autoridad. Pero del mero hecho de su estipulación por escrito, no se sigue tampoco que el Estado lo proteja en la práctica. Así, podría haber derechos constitucionales que no se encuentren verdaderamente garantizados y derechos no constitucionales que sean reconocidos efectivamente por la práctica institucional.

Ahora bien, si un derecho fundamental es *algo diferente* a un derecho positivizado en la Constitución o en instrumentos internacionales, tenemos que definir previamente qué entendemos por derecho fundamental. Si no queremos

alejarnos de la posibilidad de desarrollar una práctica racional de los conceptos jurídicos, es preciso que nos tomemos en serio este desafío.

Como es sabido, la política actual se escribe en el “lenguaje” de los derechos fundamentales. Esto significa que los reclamos políticos suelen ser interpretados como reclamos por derechos o colisiones entre los mismos. Sin embargo, el excesivo uso del concepto encubre el mismo problema que ya hemos señalado: cuestiones que no son propias de derechos fundamentales, como un determinado conflicto civil o comercial, pasan por tales, mientras que otras cosas que sí lo son, como el derecho a manifestarse, son entendidos como problemas de segundo orden, supeditados al orden público o a la seguridad nacional.

Por otro lado, hemos señalado ya la existencia de una tensión en el seno de la democracia constitucional: la tensión entre la democracia y los derechos fundamentales⁴⁵⁹. No podemos negar la existencia de dicha tensión. Sin embargo, podemos intentar problematizarla. El Estado moderno se encuentra cimentado sobre una serie de contradicciones materiales; los conceptos que lo fundamentan pueden ser entendidos como abstracciones de esos elementos contradictorios. Me parece que el choque entre derechos fundamentales y democracia puede subsumirse a una división interna de los propios derechos fundamentales. Lo mismo ocurre respecto de la oposición entre derechos patrimoniales y derechos sociales. Pero para entender a cabalidad dichas

⁴⁵⁹ Véase supra: Capítulo III, sección B), parágrafo 3.

colisiones debemos superar la comprensión de los derechos fundamentales como meras posiciones del individuo. Y es que, a mi juicio, dicha comprensión tiene como fin el encubrimiento ideológico de las contradicciones señaladas.

Esta operación intelectual no es simple, y su desarrollo completo no se puede lograr en un trabajo acotado como éste. Sin embargo, creo que es ineludible que al menos esboce los elementos básicos para un posterior análisis. La tesis del derecho a la protesta como un derecho básico de la democracia se enmarca, por cierto, en una comprensión cabal y no meramente subjetiva del concepto de derechos fundamentales. Sólo así podemos entender que un autor como Gargarella califique a la protesta como “el primer derecho”: aún si no ha sido positivizado, la democracia no puede ser entendida sin éste. Al mismo tiempo, me propongo desarrollar una posible respuesta jurídico-positiva a la pregunta del escéptico, identificando las normas iusfundamentales consagradas en nuestra Constitución que nos pueden ayudar a proteger la protesta.

Finalmente, este análisis conlleva una crítica al tratamiento que tanto la autoridad gubernamental como la doctrina y la jurisprudencia chilenas le han dado a la protesta y las normas que la protegen, eludiendo por la vía de los hechos los mandatos del texto constitucional. Maltrato que corrobora la intuición apuntada más arriba: que detrás del “cielo de los conceptos jurídicos” existen intereses materiales y estrategias políticas que no pueden ser soslayadas sin falsa conciencia.

A) PROBLEMAS DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. Aspectos generales de la teoría

Para sostener la existencia de un derecho fundamental a la protesta es necesario que precisemos, en primer lugar, qué es lo que entendemos por derecho fundamental. Como señala Agustín Squella, existen aquí tres problemas interrelacionados: el nombre, el concepto y su fundamentación⁴⁶⁰.

Respecto del primer problema, la dificultad más importante tiene que ver con la diferenciación entre los derechos humanos y los derechos fundamentales. Para muchos autores la diferencia terminológica es relevante: mientras el primer concepto enfatiza la “universalidad” de estos derechos, tratándose de derechos preexistentes al Estado y comunes a todos los seres humanos, el segundo concepto sería más preciso al señalar “por una parte, el carácter perentorio, inviolable e irrenunciable de los mismos, y, por la otra, que sólo *algunos* de los derechos de las personas (...) forman parte de esta clase de derechos”⁴⁶¹.

Para algunos autores, la distinción tiene que ver con el carácter meramente nacional o local de muchos derechos fundamentales, en contraste

⁴⁶⁰ SQUELLA, Agustín. *Introducción al derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000, p. 157. Para un panorama detallado de la cuestión véase: pp. 157-175.

⁴⁶¹ *Ibíd.*, p. 158. El destacado es mío. En el mismo sentido, aun considerando ambas expresiones como sinónimos, Eusebio Fernández dice preferir la denominación “derechos fundamentales del hombre” porque ella engloba dos aspectos: primero, que “toda persona posee unos derechos morales por el solo hecho de serlo” y, segundo, que ellos son fundamentales porque “se hallan estrechamente conectados con la idea de dignidad humana”. FERNÁNDEZ, Eusebio. “El problema del fundamento de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. I., Universidad Complutense de Madrid, 1982, p. 76

con la universalidad de los derechos humanos en sentido estricto⁴⁶². Para otros, en tanto, la diferencia radica en su positivización. Así, los derechos fundamentales serían “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”⁴⁶³.

La verdad es que la diferencia entre los derechos humanos y los derechos fundamentales pareciera ser meramente terminológica, ya que ambos aluden a la misma idea: se trata de derechos que los Estados *reconocen* a todas las personas por el solo hecho de serlo. No parece que el criterio de la positivización sea la clave para diferenciarlos; por ejemplo, muchas veces se dice que existirían derechos fundamentales no positivizados o “implícitos”⁴⁶⁴. Por otra parte, los derechos humanos están efectivamente positivizados en numerosas convenciones internacionales.

Contra quienes consideran a los derechos humanos como un tipo específico de derechos fundamentales caracterizados por su universalismo, otros autores –como Luigi Ferrajoli– definen a los derechos fundamentales

⁴⁶² Para Conrad Hesse, entre los derechos fundamentales consagrados por la Constitución alemana, se puede distinguir entre aquellos “*derechos humanos* cuya validez no queda limitada a un círculo concreto de personas” de aquellos “*derechos civiles* que solamente corresponden a alemanes”. Sin embargo, el mismo autor se encarga de aclarar que “la distinción carece de importancia práctica”. HESSE, Conrad. “Significado de los derechos fundamentales”, en: BENDA *et al*, *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 105.

⁴⁶³ PÉREZ LUÑO, Antonio. “El concepto de los derechos humanos y su problemática actual”, *Derechos y libertad: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, 1993, p. 181. En el mismo sentido: PECES-BARBA, Gregorio. “Derechos fundamentales”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 2, 1987, p. 8.

⁴⁶⁴ Véase *infra*: Capítulo V, sección A), parágrafo 3.

precisamente por su carácter universalista⁴⁶⁵. Si bien Ferrajoli aborda los derechos fundamentales desde una óptica iuspositivista, define el concepto en términos estructurales que poco o nada se diferencian de lo que se suele entender como derechos humanos. De hecho, para este autor, los derechos fundamentales deben integrarse en un proyecto ético-político de carácter cosmopolita orientado hacia la realización de un “constitucionalismo internacional”⁴⁶⁶.

En definitiva, para efectos de este trabajo consideraremos a los derechos humanos y los derechos fundamentales como dos formas legítimas para referirnos al mismo fenómeno. Si acaso existe una diferencia entre ambas denominaciones ella es meramente convencional, ya que no tiene que ver con cuestiones conceptuales o estructurales. Sin perjuicio de lo anterior, y en la misma línea de lo sostenido por varios de los autores citados, optaremos en este trabajo por la denominación *derechos fundamentales* debido a su mayor poder descriptivo.

Pasemos, pues, al problema del concepto. Aquí, apunta Squella, la dificultad es todavía mayor. Dicha dificultad se debe, por un lado, a que cada fundamentación de los derechos fundamentales nos puede llevar a un concepto diferente. Por otro lado, estos derechos han experimentado un proceso de

⁴⁶⁵ Se trataría de “derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar...”. FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 19.

⁴⁶⁶ *Ibíd.*, p. 370 y ss. Se trata de una idea que atraviesa casi toda la obra del autor. Véase también: *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010, p. 35 y ss.

expansión progresiva a lo largo de los dos últimos siglos, proceso que aún continúa y que dificulta su aprehensión dentro de un solo concepto⁴⁶⁷.

Al respecto, el autor traza una línea evolutiva de los derechos fundamentales que abarca cinco procesos históricos: 1) positivización, 2) generalización, 3) expansión, 4) internacionalización, y, 5) especificación. De estos procesos el primero tiene que ver con su consagración positiva en diversas declaraciones de derechos. El segundo se refiere a su universalización, es decir, a su atribución a clases indeterminadas de sujetos, que finalmente decanta en la atribución de los derechos a los seres humanos como tales (y no por su pertenencia a una clase social, raza o género determinado). El tercer proceso se refiere a la incorporación de nuevas “generaciones” de derechos dentro del catálogo (así, por ejemplo, los derechos sociales, económicos y culturales). La internacionalización dice relación con el otorgamiento de instrumentos de reconocimiento y protección efectivos en el ámbito internacional (independientemente de su protección infra-estatal). Finalmente, la especificación es un proceso relativamente reciente que implica la consagración de prerrogativas y nuevos instrumentos que aseguren la protección de ciertos grupos de personas que se encuentran en una desventaja objetiva respecto del resto de la sociedad, como las mujeres, los niños y los ancianos, así como a ciertas minorías étnicas⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ SQUELLA, Agustín. Op. Cit., p. 161.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, pp. 179-202

Sin embargo, el autor señala que la dificultad que entrañan estos procesos históricos para arribar a una sola definición de los derechos fundamentales debe ser relativizada por cuanto existiría un “núcleo de certeza” del concepto, más allá del cual tendríamos una “zona de incertidumbre” abierta al debate sobre lo que está incluido o no dentro de los derechos fundamentales⁴⁶⁹. Los elementos que compondrían dicho núcleo de certeza también son, sin embargo, discutibles, a no ser que se lo defina en términos muy amplios, como la “expresión normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad”⁴⁷⁰. Asimismo, se trataría de derechos que “asumen una función legitimadora del poder”⁴⁷¹.

Cabe preguntarse si esto realmente evoca un núcleo de certeza conceptual. Si bien es evidente que los derechos fundamentales expresan ciertos valores, existe una amplia discusión sobre *cuáles* serían éstos (o sobre *cuáles deberían ser*). Por otro lado la función legitimadora de los derechos fundamentales debe ser separada analíticamente de su concepto⁴⁷².

⁴⁶⁹ Las nociones de “núcleo de certeza” y “zona de incertidumbre” están tomadas de Luis Prieto Sanchís, quien a su vez las tomó de Hart. *Ibíd.*, p. 163.

⁴⁷⁰ *Ibíd.*

⁴⁷¹ *Ibíd.*

⁴⁷² Cuando hablamos de un concepto hablamos de lo que algo es. Su función es, de acuerdo a lo que afirma el propio Squella en otro lugar, la tarea que ese algo cumple. Por cierto, las funciones también deben separarse analíticamente de sus fines. “Cuando preguntamos por la función o por las funciones de algo –por ejemplo, del derecho–, preguntamos por *lo que hace*, en tanto cuando preguntamos por los fines preguntamos *para qué lo hace*”. SQUELLA, Agustín, “Una descripción del derecho”, *Isonomía*, N° 27, 2007, p. 61. Siguiendo el razonamiento de Squella, la igualdad, la libertad y la protección de la dignidad humana serían los fines –el para qué– de los derechos fundamentales, pero no deberían homologarse con su concepto. Distinto sería afirmar que formalmente los derechos fundamentales constituyen valores objetivos protegidos y promovidos por la comunidad. Volveremos sobre esto más adelante.

Más allá de cuál es el contenido de este núcleo de certeza, la verdad es que todos los autores coinciden en varios elementos comunes como, por ejemplo, la expresión de valores deseados por el ordenamiento jurídico o –con diversos matices- su carácter (potencialmente) universal. Por otro lado, la –cada vez más amplia- zona de incertidumbre provocada por su progresiva expansión también debe ser relativizada. Greppi sostiene que, en rigor, no debemos hablar del surgimiento de “nuevos” derechos, sino más bien de nuevas *garantías* (o instrumentos de protección) para derechos “viejos”⁴⁷³.

Pasemos ahora a la tercera dificultad. Dice Squella que existirían varias escuelas de fundamentación y, por ende, varios conceptos posibles de los derechos fundamentales. Squella distingue cuatro formas de fundamentación distintas:

- a) *La fundamentación iusnaturalista* = para esta escuela se trataría de *derechos naturales* –esto es, basados en la naturaleza humana- y que “por lo mismo, son anteriores al Estado y el derecho positivo, los

⁴⁷³ Así, por ejemplo, “la idea de especificación nace en el momento mismo de la primera positivación. Especificación, en cierta medida, es sinónimo de desarrollo interpretativo, y por eso podemos afirmar que toda norma positiva requiere de un determinado grado de especificación”. En vista de ello, el autor considera exagerado “interpretar toda la evolución de los derechos fundamentales tan sólo a través de la positivación de derechos “nuevos”. Algo habría también de “interpretación” de derechos antiguos y, sobre todo... de especificación de sus garantías”. GREPPI, Andrea. “Los nuevos y los viejos derechos fundamentales”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año IV, N° 7, 1999, pp. 287-288. Revisaremos la diferencia entre derechos y garantías en el siguiente apartado.

cuales, sin embargo, tienen el deber de reconocerlos y garantizarlos para todos los individuos⁴⁷⁴.

b) *La fundamentación historicista* = para ella los derechos fundamentales son *derechos históricos*, “consecuencia de un proceso de evolución activado por luchas y movimientos sociales⁴⁷⁵, a raíz de los cuales se explica a su vez la continua y progresiva expansión de estos derechos.

c) *La fundamentación ética* = escuela que sostiene que los derechos fundamentales son exigencias éticas, calificándolos como *derechos morales*, es decir, como derechos “previos al Estado y al ordenamiento jurídico que éste produce⁴⁷⁶, pero no en el sentido iusnaturalista, sino más bien como “cartas de triunfo” en el sentido de Dworkin⁴⁷⁷. Es decir, se trataría de límites para el actuar de las mayorías⁴⁷⁸.

⁴⁷⁴ SQUELLA, Agustín. *Introducción al derecho*, Op. Cit., p. 166.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, p. 167.

⁴⁷⁶ *Ibid.*, p. 169.

⁴⁷⁷ *Ibid.* Cfr: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989. “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio” (p. 37).

⁴⁷⁸ Para Francisco Laporta, “los derechos morales básicos suponen para el individuo un veto automático respecto de las decisiones mayoritarias que traten de ignorar esos derechos básicos. Constituyen, pues, un núcleo de identidad personal y moral que ni el proceso político ni las normas jurídicas están éticamente autorizados para ignorar. Por el contrario, de su

d) *La fundamentación racional* = esta fundamentación concibe a los derechos fundamentales como *derechos pragmáticos*, es decir, “como derechos que poseería todo ser dotado de competencia comunicativa para participar en todos aquellos discursos prácticos que conduzcan a la adopción de decisiones que puedan afectar a los sujetos”⁴⁷⁹. Esta fundamentación tendría como objeto aunar bajo un mismo concepto la *trascendentalidad* de los derechos y su carácter eminentemente *histórico*. Para esta visión, si bien los derechos fundamentales son reconocidos en un contexto histórico determinado –la modernidad– ellos suponen una pretensión de reconocimiento que va más allá de cualquier consideración histórica o social⁴⁸⁰.

De estas diversas formas de fundamentar los derechos, Squella señala que la historicista no sería propiamente una fundamentación sino una mera explicación sobre su surgimiento y desarrollo⁴⁸¹. La aceptación de dicha idea,

específico reconocimiento depende la legitimidad de tal proceso y de tales normas”. LAPORTA, Francisco. *Entre el derecho y la moral*, México, Fontamara, 1995, p. 83.

⁴⁷⁹ SQUELLA, Agustín. Loc. Cit., p. 165.

⁴⁸⁰ *Ibíd.*, pp. 171-172.

⁴⁸¹ *Ibíd.*, p. 172. En el mismo sentido, Robert Alexy señala: “Sobre los derechos fundamentales pueden formularse teorías de tipo muy diferente. Las teorías históricas que explican el surgimiento de los derechos fundamentales, las teorías filosóficas que se ocupan de su fundamentación, y las teorías sociológicas acerca de la función de los derechos fundamentales en el sistema social son sólo tres ejemplos”. En su: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 27. Una teoría filosófica de fundamentación de los derechos fundamentales sería, según el autor, la teoría de la justicia de John Rawls. En tanto, una teoría sociológica de los derechos fundamentales sería la teoría sistémica de Niklas Luhmann (*Ibíd.*, p. 27, n. 2 y 3).

sin embargo, no es completamente superflua. Y es que sólo entendiendo el concreto marco histórico en el que surgen los derechos fundamentales podemos entender que su concepto no puede ser uniforme, abstracto o apriorístico. No se trata de una idea *ahistórica*. Es preciso tener claro que el derecho constitucional mismo es una disciplina histórica, marcada por la historia y por los vaivenes de la contingencia política. Por eso, cualquier conceptualización que se quiera efectuar a este respecto debe incorporar necesariamente este dinamismo. Con esto no se quiere descartar de plano las tesis de los derechos naturales y morales –de hecho, como veremos después, este trabajo asume una concepción y fundamentación básicamente *ética* de los derechos fundamentales-, pero sí se quiere decir que no podemos aproximarnos al fenómeno iusfundamental de manera ingenua. Los derechos no surgen de la nada, no emanan de la naturaleza de las cosas. Al contrario, se trata de construcciones sociales arraigadas –al igual que la democracia- en el proyecto político de la modernidad.

Por cierto, es discutible que se pueda llegar a una única fundamentación *fuerte* o *absoluta* respecto de *todos* los derechos fundamentales (lo mismo se aplica para su conceptualización). Por esto, Squella sostiene que cada fundamentación sería una forma distinta de argumentar en favor de lo mismo⁴⁸². En este punto, me parece, el autor se apoya en la famosa declaración de Bobbio: "El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto

⁴⁸² SQUELLA, Agustín. Loc. Cit., p. 173.

el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político"⁴⁸³.

Sin embargo, el problema persiste. Sean derechos naturales, morales o pragmáticos, sean derechos meramente históricos o positivos, todavía nos falta dilucidar *qué* son estructuralmente. Es decir, debemos determinar, por un lado, si son meros derechos subjetivos, si se trata de valores objetivos del ordenamiento jurídico o si son, en definitiva, bienes o metas colectivas de la comunidad política (o una combinación de todos estos elementos), y, por otro lado, si ellos deben definirse como reglas, como principios o como una mezcla de ambos. Finalmente, incluso después de haber hecho todos estos análisis, todavía tendríamos que dilucidar *cuáles* son específicamente los derechos que deben ser reconocidos por el Estado.

2. Los derechos fundamentales como derechos subjetivos

Es común señalar la estrecha conexión que tiene la teoría de los derechos fundamentales con el concepto de derecho subjetivo. Este concepto – que, según García de Enterría, “lleva en su vientre una revolución completa del Derecho”⁴⁸⁴- no fue conocido por los antiguos, ni siquiera por el derecho romano, sino que se fue desarrollando recién en los albores de la

⁴⁸³ BOBBIO, Norberto. “Sobre el fundamento de los derechos del hombre”, en: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p. 61

⁴⁸⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos*, Madrid, Alianza, 1999, p. 47.

modernidad⁴⁸⁵. Se trata del paso del *ius* como objeto de la justicia al *ius* como noción subjetiva, esto es, como derecho del sujeto en relación con cierta cosa. Este “derecho” debe entenderse, en su sentido originario, como tener una especie de *poder* sobre algo o alguien⁴⁸⁶. Si bien atado en sus inicios a la noción de propiedad, el concepto de derecho subjetivo pronto se emancipó de esta primitiva conexión y empezó a aplicarse dentro del discurso del derecho natural racional para proclamar la “inviolabilidad por el poder político de unos *iura innata* del hombre, comunes a todos los hombres”⁴⁸⁷. Según esta visión, el sujeto es “portador de atributos originarios y autónomos, que responden a la exigencia de la personalidad y que, como tales, son inviolables”⁴⁸⁸.

En la actualidad el concepto de derecho subjetivo se encuentra en el centro del desarrollo de la ciencia jurídica, tratándose –por lo demás- de uno de

⁴⁸⁵ Su pre-historia tendría un primer hito con el *Opus nonaginta dierum* de Ockham, publicado en 1332, donde el filósofo demuestra, contra los franciscanos, que sobre los bienes no se tiene un mero derecho de uso, sino una verdadera *propiedad*. Posteriormente, la técnica para proteger dicha propiedad habría sido afinada por los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, técnica que habría dado un giro definitivo con Francisco de Vitoria y el padre Bartolomé de las Casas, con su defensa de los derechos –ahora sí- *personales* de los habitantes de los territorios conquistados por la Corona española. Véase: *Ibid.*, pp. 47-53. Michel Villey también coincide con la absoluta modernidad del término. Así, en un interesante artículo explica la evolución del concepto en la Edad Media: “no hay duda de que *jus in re* ha alcanzado en ciertos textos una extensión que no tenía en el derecho romano clásico. Ha invadido todo el antiguo derecho romano de la *res*. Pero ha seguido siendo una *res*; lo que no ha llegado a ser es un derecho subjetivo en el sentido moderno, es decir, un poder perteneciente a un sujeto activo frente a sujetos pasivos, que es causa de una acción entablada contra los mismos sujetos pasivos”. Véase: VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976, pp. 142-143.

⁴⁸⁶ “Como Mair, Suárez argumenta que al hablar de “tener un derecho sobre algo” en lo que fundamentalmente estamos pensando es en la idea de “tener cierto poder” sobre él”. SKINNER, Quentin. *Los fundamentos del pensamiento político moderno. II. La reforma*, México, Fondo de cultura económica, 1993, p. 184.

⁴⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Op. Cit.*, p. 53.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, pp. 56-57.

los conceptos más discutidos por la doctrina⁴⁸⁹. Sin ir muy lejos, Kelsen consideraba que la concepción tradicional de derecho subjetivo era superflua⁴⁹⁰, ya que cuando hablamos de tener un derecho a algo, en realidad de lo que se trata es de la obligación jurídica de otra persona. Es decir, si el acreedor (X) tiene un derecho a una determinada prestación (Y), esto sólo significa que el deudor (Z) está obligado a realizar Y respecto de X. El derecho en cuestión es, en realidad, un mero *reflejo* de la obligación de Z. Por eso Kelsen sostiene que X no es aquí un sujeto de derechos, sino tan sólo *objeto* de una obligación. El único “sujeto” sería Z, la parte obligada⁴⁹¹. Si cuando hablamos de derechos subjetivos nos referimos a esta situación particular, entonces el concepto no aporta nada nuevo a nuestro entendimiento del sistema jurídico; en este sentido, sería perfectamente concebible un sistema constituido sólo por obligaciones y absolutamente desprovisto de derechos.

Para Kelsen, el concepto de derecho subjetivo sólo adquiere relevancia cuando nos referimos a la posible reacción que podría tener el acreedor ante el incumplimiento de la obligación. Es decir, existiría un derecho subjetivo en sentido técnico sólo cuando el acreedor tuviera un “poder jurídico” –*autorizado a*

⁴⁸⁹ Véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 173 y ss.

⁴⁹⁰ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, México, UNAM, 1982. El análisis del concepto de derecho subjetivo va de las páginas 138 a 157. La calificación de “superflua” de la concepción tradicional se encuentra en la página 141.

⁴⁹¹ “Debe observarse al respecto, que “sujeto”, en este contexto, sólo es el individuo obligado...; el individuo con derecho... es sólo objeto de la conducta que, como correspondiente a la conducta obligatoria se encuentra codeterminada con ésta”. Por eso, considerar a la persona como “sujeto de derechos”, al menos en este sentido, carece para Kelsen de toda rigurosidad técnica: “El hombre, en cuyo respecto ha de efectuarse la conducta obligatoria, es tan objeto de esa conducta como el animal, la planta o el objeto inanimado en cuyo respecto algunos hombres están obligados a comportarse de determinada manera”. *Ibíd.*, pp. 141 y 142 respectivamente.

su vez por el derecho positivo- de *demandar* al deudor ante un órgano jurisdiccional para exigirle el cumplimiento de la prestación (o la reparación del daño producido por su incumplimiento)⁴⁹².

Los efectos de esta visión, en el marco de una teoría de los derechos fundamentales, son bastante restrictivos. Los únicos derechos fundamentales que podrían ser calificados (eventualmente) como derechos subjetivos serían los derechos políticos en sentido estricto (el derecho a voto de los electores y el derecho de los representantes elegidos a participar en las actividades parlamentarias), y sólo en la medida en que tanto éstos como los derechos subjetivos privados (en sentido técnico) “cumplen la misma función específica: la participación de los sometidos al derecho en la producción del derecho”⁴⁹³. Pues el derecho subjetivo privado le otorga al acreedor el poder jurídico para participar en la producción de la norma jurídica individual (expresada en la sentencia judicial), y análogamente el sujeto del derecho político tiene el poder jurídico para participar en la producción de normas jurídicas generales. Sin embargo, el poder jurídico de este último “no sirve para obtener el cumplimiento de una obligación jurídica a su favor por otro sujeto”⁴⁹⁴.

El resto de las libertades fundamentales –que el autor incluye dentro del concepto de “derechos políticos”- no constituirían de por sí derechos subjetivos,

⁴⁹² *Ibíd.*, pp. 146-147. Así, “sólo en el ejercicio de este poder jurídico es el individuo en cuestión “sujeto” de un derecho diferente de la obligación jurídica. Sólo cuando el orden jurídico confiere tal poder jurídico, encontramos en el derecho en sentido subjetivo, diferente de la obligación jurídica, un derecho subjetivo en sentido técnico, consistente en un poder jurídico otorgado para llevar adelante una acción por incumplimiento de la obligación”. *Ibíd.*, p. 147.

⁴⁹³ *Ibíd.*, p. 151.

⁴⁹⁴ *Ibíd.*, p. 152.

ni siquiera en el sentido de meros derechos reflejos. Para Kelsen, sólo podrían configurarse como derechos subjetivos en sentido técnico en caso que el orden jurídico otorgara al individuo afectado por una ley inconstitucional un poder jurídico para iniciar un procedimiento que condujera a su supresión⁴⁹⁵. Es decir, sólo serían derechos subjetivos los derechos justiciables. Un derecho no justiciable –como es el caso, según gran parte de la doctrina, de los derechos sociales⁴⁹⁶- no sería en absoluto un derecho, sino una mera declaración programática que, en cuanto tal, no obligaría a nadie.

Sin embargo, estas ideas no son evidentes. Otros autores –no menos preocupados por el valor lógico de la teoría jurídica- han señalado que, cuando hablamos de derechos, hablamos en realidad de una serie de posiciones y relaciones jurídicas complejas. En este sentido, W. N. Hohfeld distingue, cuando utilizamos la voz *derecho*, cuatro conceptos jurídicos fundamentales con sus conceptos correlativos⁴⁹⁷. Si bien admite que la palabra ‘derecho’ (*right*) sería una voz genérica para indicar una serie de relaciones jurídicas, el autor estadounidense propone que se la utilice en sentido estricto sólo para aquella posición en la cual existe una obligación correlativa (lo que sería equivalente al

⁴⁹⁵ *Ibíd.*, p. 155.

⁴⁹⁶ Esto se dice, entre otras cosas, debido a que están sometidos a las posibilidades económicas del mismo sujeto obligado, es decir, el Estado.

⁴⁹⁷ Según este esquema, los derechos podrían dividirse en cuatro conceptos jurídicos fundamentales: derecho (subjetivo), privilegio, potestad, inmunidad. Sus opuestos jurídicos serían: no-derecho, deber, incompetencia y sujeción, respectivamente. Sus correlativos jurídicos serían: deber, no-derecho, sujeción e incompetencia, respectivamente. En total, tenemos, pues, ocho relaciones jurídicas fundamentales. Para el esquema, véase: HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, Distribuciones Fontamara, 1992, p. 47. Para el desarrollo de las diversas posiciones, véase pp. 47-87.

derecho reflejo kelseniano). Así, el derecho (subjetivo), en este sentido limitado, podría ser identificado con la idea de “pretensión” (*claim*)⁴⁹⁸. Esta pretensión debe ser distinguida de la acción procesal para reclamarla, que podríamos identificar con el concepto hohfeldiano de *potestad*⁴⁹⁹.

Esta breve exposición de las ideas de Hohfeld nos permite notar el reduccionismo que implica la propuesta kelseniana en esta materia específica (propuesta que, a su vez, informa la conceptualización de los derechos subjetivos aceptada por gran parte de la doctrina). En este sentido, no nos debe extrañar que un positivista convencido como Luigi Ferrajoli critique la identificación que hace Kelsen entre derechos y garantías.

Para Ferrajoli, los derechos subjetivos pueden definirse como las “expectativas positivas (o de prestaciones) y negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica”⁵⁰⁰. El derecho subjetivo llevaría implícitas sus garantías –de lo contrario no podría ser plenamente satisfecho-, pero no debería ser identificado con éstas. Las garantías, a su vez, podrían

⁴⁹⁸ *Ibíd.*, p. 50.

⁴⁹⁹ La explicación de Hohfeld de lo que es una potestad es inmejorable: “Un cambio en una determinada relación jurídica puede resultar: (1) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes, que no están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos; o (2) de algún hecho o grupo de hechos sobrevinientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos. En relación con la segunda clase de casos, se puede decir que, la persona (o personas) cuyo contralor es decisivo tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio en la relación jurídica en juego”. *Ibíd.*, pp. 67-68. A juicio de Juan Cruz Parceró, la noción de potestad de Hohfeld es más amplia que el derecho subjetivo en sentido técnico: la acción procesal es ciertamente una potestad, pero las potestades como conceptos jurídicos abarcan mucho más que las meras acciones procesales. Lo relevante, en todo caso, del análisis de Hohfeld es que ella permite “mantener la distinción entre “tener un derecho” y “tener una acción procesal para reclamar un derecho”. CRUZ PARCERO, Juan. “Leones, lenguaje y derechos. Sobre la existencia de los derechos sociales (Réplica a Fernando Atria)”, *Discusiones*, 2005, N° 4, p. 84.

⁵⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004, p. 59.

dividirse en primarias y secundarias. Las garantías primarias consistirían en las obligaciones o prohibiciones correlativas a los derechos, y las garantías secundarias consistirían en las obligaciones “de aplicar la sanción o de declarar la nulidad de las violaciones de las primeras”⁵⁰¹. Lo que hace Kelsen sería identificar el derecho subjetivo con su garantía secundaria (la sanción), cuestión criticable desde el punto de vista de Ferrajoli.

La separación entre garantías primarias y secundarias da pie a que puedan existir *lagunas primarias* (por no existir una norma que establezca las obligaciones y prohibiciones propias de las expectativas positivas y negativas que el derecho entraña) y *lagunas secundarias* (por no existir órganos obligados a sancionar o invalidar las violaciones de las garantías primarias). Para el autor, no se puede alegar en estos casos la inexistencia del derecho; a lo más se podría decir que se trata de “derechos sobre el papel”⁵⁰². Pero incluso en este caso no estaríamos hablando de *flatus vocis* pues, tal como el juez está obligado en todos los ordenamientos jurídicos a resolver las antinomias en virtud del principio normativo de no contradicción, aquí debe aplicarse el *principio normativo de plenitud*, que prohíbe la existencia de lagunas y obliga al

⁵⁰¹ *Ibíd.*

⁵⁰² Esta expresión es de Riccardo Guastini. A juicio del autor, sólo son “verdaderos” derechos aquellos que cumplan con las siguientes tres condiciones copulativas: i) que sean susceptibles de tutela jurisdiccional, ii) que puedan ser ejercitados o reivindicados frente a un sujeto determinado y iii) que su contenido consista en una obligación de conducta bien definida. Cualquier derecho que no satisfaga estas condiciones es, para el autor, un derecho “ficticio” o “sobre el papel”. Véase: GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*, Distribuciones Fontamara, México, 2001, pp. 220-221.

legislador a colmarlas (y es labor del juez constitucional –según Ferrajoli- constreñir al legislador a colmar estas lagunas)⁵⁰³.

La justificación de estas distinciones descansaría en el mismo carácter positivista y *nomodinámico* del derecho moderno⁵⁰⁴. En un sistema de esta naturaleza, la conexión entre los derechos y sus garantías no podría ser considerada como una conexión empírica (o lógica, como parece suponer Kelsen), sino *normativa*⁵⁰⁵. Es decir, se trataría de una necesidad del sistema, pero no algo que pueda presuponerse. Es, si se quiere, una cuestión política (por cuanto dicha conexión normativa implica la existencia de una verdadera *obligación* para el legislador y para el juez⁵⁰⁶).

Desde otra perspectiva, Robert Alexy sostiene que la “interminable polémica acerca del concepto del derecho subjetivo” se debe a una “distinción insuficiente” entre tres cosas distintas: a) las razones para los derechos subjetivos, b) los derechos subjetivos entendidos como posiciones y relaciones jurídicas, y c) la imponibilidad jurídica de los derechos subjetivos⁵⁰⁷. Estamos

⁵⁰³ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Op. Cit., pp. 61-62.

⁵⁰⁴ Un orden de esta naturaleza se opone a un orden *nomoestático*, como la moral, donde “las relaciones entre figuras deónticas son relaciones puramente lógicas: dado un derecho... existe para otro sujeto la obligación o la prohibición correspondiente...”. Por el contrario, en los sistemas nomodinámicos, “la existencia o la inexistencia de una situación jurídica, o sea, de una obligación, una prohibición, un permiso o una expectativa jurídica, depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, que, a su vez, no es deducida de las otras normas, sino inducida, como *hecho empírico*, del acto de su producción”. *Ibíd.*, p. 60.

⁵⁰⁵ *Ibíd.*, p. 63.

⁵⁰⁶ Ciertamente no hablamos de una obligación jurídica en el sentido típico, sino más bien de una obligación política. Las consecuencias de su incumplimiento, lejos de ser baladíes, atañen a la confianza en el sistema político considerado como un todo. Es decir, el incumplimiento de estas obligaciones políticas puede conllevar una merma en la percepción ciudadana de la legitimidad del sistema político.

⁵⁰⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 178.

frente a una discusión del primer tipo cuando nos preguntamos sobre los fines de los derechos, sobre qué es lo que los derechos protegen. Así, cuando hablamos de los derechos como intereses individuales protegidos por la comunidad, nos estamos refiriendo a este primer problema. Por otro lado, se trata de los derechos subjetivos como posiciones y relaciones jurídicas cuando decimos que *X* tiene un derecho a la prestación *Y*⁵⁰⁸. Finalmente, hablamos sobre su imponibilidad jurídica cuando nos referimos a la acción procesal que de ellos deriva para su protección (este es el sentido kelseniano de derecho subjetivo).

Diversas razones justifican, para Alexy, la utilización de estas distinciones. Desde un punto de vista técnico, si no se pudieran hacer enunciados sobre derechos (como posiciones y relaciones jurídicas) “estados de cosas simples tendrían que ser formulados con frases complicadas acerca de la capacidad jurídica para la imposición y violación de deberes”⁵⁰⁹. En tanto, desde una perspectiva sistemática, la definición de Kelsen “no refleja el uso existente del lenguaje”⁵¹⁰, y convierte en superfluas –por redundantes- las normas que abren la vía judicial para la imponibilidad de los derechos, normas que casi todos los ordenamientos constitucionales poseen⁵¹¹.

⁵⁰⁸ Aquí puse como ejemplo el derecho subjetivo en sentido estricto en el sentido hohfeldiano, pero podríamos referirnos perfectamente a un privilegio, una potestad o una inmunidad.

⁵⁰⁹ *Ibíd.*, p. 182.

⁵¹⁰ *Ibíd.*

⁵¹¹ Este sería el caso, entre nosotros, de la acción de protección (artículo 20, Constitución Política de la República de Chile).

Siguiendo la vía abierta por Hohfeld, Alexy entiende a los derechos como posiciones y relaciones jurídicas, existiendo para él tres posiciones fundamentales: 1) el derecho a algo, 2) las libertades, y 3) las competencias⁵¹². Con esta caracterización más amplia el autor estaría reconociendo que hay algo más en los derechos subjetivos que la mera obligación correlativa del deudor y la acción procesal del acreedor.

En síntesis, por un lado es preciso que entendamos –con Ferrajoli- la distinción clara entre los derechos y sus garantías, o, en palabras de Alexy, entre los derechos como posiciones y relaciones jurídicas y la imposibilidad de esos derechos. Por otro lado, debemos realizar una caracterización –siguiendo a Alexy y a Hohfeld- que incorpore las diversas relaciones jurídicas que los derechos subjetivos suponen.

Sin embargo, todavía queda una cuestión por dilucidar. Hemos visto cómo la mayoría de los autores asocian directamente los derechos fundamentales con los derechos subjetivos. Kelsen niega esta implicación, debido a la insuficiente imposibilidad de los derechos fundamentales, pero ya demostramos que dicha negativa se debe a una concepción excesivamente restrictiva de los derechos subjetivos, concepción que no seguiremos en este trabajo. Por otro lado, quienes complejizan el esquema, como Ferrajoli y Alexy, siguen dejando muchas cuestiones fuera del análisis. Así, cabría preguntarse si

⁵¹² *Ibid.*, pp. 186 y ss. Como se puede apreciar, se trata de una división similar a la de Hohfeld, ya que las competencias tienen una similitud relativa con las potestades. Sin embargo, a diferencia de Hohfeld, el autor alemán deja fuera de su esquema a las inmunidades.

la relación entre los derechos fundamentales y los derechos subjetivos es una relación necesaria o meramente contingente (en el sentido de históricamente condicionada).

Esto último es lo que proponen, desde distintas perspectivas, Francisco Laporta y Ricardo García Manrique. Así como Ferrajoli sostiene que se deben separar los derechos de sus garantías, Laporta señala que el concepto de derecho subjetivo en el sentido hohfeldiano del término (es decir, entendido como un conjunto de relaciones jurídicas) es, en realidad, un conjunto de *técnicas* para proteger a los derechos fundamentales, pero estos mismos son algo que está *antes* que dichas técnicas. En realidad, el derecho fundamental debería ser concebido como el *título* que subyace a todas esas técnicas de protección⁵¹³. Para Laporta, lo esencial de los derechos fundamentales no radica en si una norma confiere o no derechos subjetivos en el sentido hohfeldiano, sino precisamente en que los derechos son *razones* que justifican dichas normas⁵¹⁴. Estas razones son, a juicio del autor, “situaciones o estados de cosas a los que el sistema confiere una cierta importancia, un cierto valor, y de ahí la característica fuerza de “exigir” que está presente en ellos”⁵¹⁵.

Frente a esto, un autor como Alexy probablemente diría que Laporta está refiriéndose a un aspecto específico de la teoría del derecho subjetivo, a saber,

⁵¹³ LAPORTA, Francisco. “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, N° 4, 1987, p. 27.

⁵¹⁴ *Ibíd.*, p. 28. Como se puede apreciar, Laporta vuelve a poner el acento en la primera de las discusiones que, según Alexy, podemos tener sobre los derechos subjetivos: la discusión en torno a las *razones* para los derechos. Aquí y no en el punto que le interesa a la mayor parte de los autores –incluido Alexy– radicaría lo *esencial* de los derechos.

⁵¹⁵ *Ibíd.*, p. 30.

las razones para el derecho, y lo que le interesa a la teoría jurídica son las posiciones y relaciones jurídicas que el derecho implica, o bien su imponibilidad. Sin embargo, lo que puede pasar a segundo plano en el contexto de una teoría del derecho subjetivo pasa a primer plano cuando nos referimos a los derechos fundamentales. Como ya habrá quedado claro a lo largo de esta exposición, *los derechos fundamentales son algo más que meros derechos subjetivos*. Los derechos subjetivos son solamente *una parte* de la teoría de los derechos fundamentales.

García Manrique nos puede ayudar a aclarar un poco más el tema. A su juicio, si los medimos con una vara jurídica, descubriremos que los derechos fundamentales no califican técnicamente como derechos subjetivos. En realidad, podríamos calificarlos más correctamente como *derechos morales*. Y esto porque se trata de “exigencias de la moral y porque se asocian con la dignidad individual”⁵¹⁶.

Muchos resisten esta caracterización, porque consideran que el ámbito del derecho debe ser separado tajantemente del ámbito de la moral. Una posición “científica”, sostienen los que defienden esta perspectiva, requiere una conceptualización más precisa: que sea regulable, tipificable, medible. Sin embargo, cuando hablamos de derechos fundamentales no hablamos de meras pretensiones sobre cosas, económicamente cuantificables. Al contrario,

⁵¹⁶ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “Derechos sociales e igualdad”, en: VV. AA, *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, p. 368.

estamos frente a *principios políticos*. Es decir, los derechos fundamentales pueden calificarse como “la expresión de lo que es una comunidad política justa”⁵¹⁷. Sólo así podemos entender la consagración positiva de derechos altamente complejos, difíciles de llevar en plenitud a la práctica jurídica, como los derechos sociales, el derecho de resistencia o, en nuestro caso, el derecho a la protesta. A juicio de García Manrique es ésta concepción de los derechos fundamentales la que imperó en el momento de la primera positivización. Al entender los derechos fundamentales como principios políticos, los redactores de las primeras declaraciones de derechos tenían claro que estos podían materializarse en derechos subjetivos sólo en la medida de lo posible. Vale la pena citar al autor *in extenso* para entender este punto:

"[El] derecho de resistencia a la opresión no puede desarrollarse como un derecho subjetivo, porque no tiene sentido exigirlo formalmente ante el propio poder público opresor. [Esto significa] que el derecho a la educación no se formula como un derecho subjetivo en el sentido técnico del término, sino, lógicamente como un deber que la comunidad se autoimpone. Pero, para los declarantes, para la mentalidad de la época, esto no significa que la resistencia a la opresión o la educación sean estados de cosas menos deseables que aquellos que pueden traducirse

⁵¹⁷ *Ibíd.*

en derechos subjetivos. Sólo significa que la naturaleza de esos estados de cosas requiere técnicas de promoción y afianzamiento diferentes"⁵¹⁸.

La conceptualización de los derechos fundamentales como principios políticos no es tan exótica como puede parecer a simple vista.

En primer lugar, se trata de *principios*. En este punto seguimos la tesis propuesta por Robert Alexy. Dicho autor define a los principios como *mandatos de optimización*. Esto significa que “pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”⁵¹⁹. Es decir, los principios opuestos se sopesan. Al igual que las reglas, los principios son normas⁵²⁰, pero mientras que en un conflicto entre reglas sólo una de ellas puede primar –una vence a la otra, por así decirlo- en el caso de una colisión entre principios estos deben ponderarse. Esto es equivalente a la definición más gruesa que dimos más arriba, siguiendo a García Manrique: que los principios son mandatos de acción que deben ser cumplidos en la medida de lo posible.

En segundo lugar, se trata de principios *políticos*. Este epíteto quiere enfatizar que los derechos fundamentales desbordan al derecho. Su esencia es

⁵¹⁸ *Ibíd.*

⁵¹⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 86

⁵²⁰ Este punto es relevante: a diferencia de lo que plantean algunos autores (como Von Wright) para Alexy, las normas y los principios no son opuestos. En realidad, la oposición correcta es entre principios y reglas, siendo cada uno de estos un tipo particular de norma.

prospectiva, miran hacia delante, a diferencia del derecho que suele mirar hacia atrás. Por eso los derechos fundamentales son idóneos para jugar un rol en el proceso de emancipación que caracteriza a los principales proyectos políticos de la modernidad. Esta caracterización no quiere decir que el derecho sea irrelevante. Al contrario, el derecho –y, en particular, la técnica del derecho subjetivo- es, quizás, la vía principal para la realización de este proyecto emancipador. Lo que se quiere enfatizar es que los instrumentos del derecho no se encuentran en una posición de prioridad respecto de esa política emancipadora, sino, al revés, supeditados a ella. Para que no quepa lugar a malentendidos: no hay nada más lejano a esta posición que la idea de que el derecho pueda ser desdeñado o que los fines santifiquen los medios. Lo que se quiere afirmar es que el derecho moderno no puede olvidar su estrecha vinculación con el proyecto político que lo subyace. Si priorizamos el derecho no es porque este sea un espacio aséptico o trivial. Asimismo, si priorizamos los derechos fundamentales, no es porque ellos sean pura forma sin contenido, sino, por el contrario, porque ellos traen consigo una revolución de las formas políticas, y en su realización se enfrentan nuestros diversos proyectos de sociedad.

2.1. La relación entre los derechos como principios y la doctrina del orden objetivo de valores

Esta intuición de que los derechos fundamentales serían “algo más” que meros derechos subjetivos ha sido compartida por constitucionalistas de las más diversas tradiciones jurídicas. De hecho, es esa misma intuición la que podemos observar en una de las doctrinas sobre derechos fundamentales más relevantes que se han desarrollado a lo largo de los últimos cincuenta años. Nos referimos a la distinción entre la faz subjetiva y la faz objetiva de los derechos, distinción desarrollada originalmente por la jurisprudencia constitucional alemana, posteriormente replicada por la jurisprudencia constitucional española, y finalmente recogida por la jurisprudencia y (parte de) la doctrina de nuestro país⁵²¹.

La faz subjetiva correspondería a lo que hemos estado analizando hasta ahora: los derechos fundamentales como derechos subjetivos, cuestión que Pérez Luño ha denominado el “estatuto jurídico de los ciudadanos”⁵²². La segunda faz es su carácter de principios objetivos del ordenamiento; según esta visión, los derechos fundamentales constituirían un sistema de valores básicos o, en palabras del Tribunal Constitucional Federal alemán, un “orden objetivo de

⁵²¹ Para un análisis de la recepción de esta idea por parte del Tribunal Constitucional Chileno, véase: NÚÑEZ POBLETE, Manuel. “El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 34, 2010, en particular pp. 526-533.

⁵²² PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 22.

valores”⁵²³. La idea, sin embargo, no deja de ser problemática. Para muchos, ella vulnera la esencia misma de lo que entendemos por derechos fundamentales.

En efecto, podríamos decir que hay dos tipos de críticas a la noción de orden objetivo de valores⁵²⁴. La primera implica el rechazo a su condición de *orden objetivo*. Un autor representativo de esta visión es, en la actualidad, Ernst-Wolfgang Böckenförde. Su crítica apunta a la modificación sustantiva que

⁵²³ La base de esta transformación en la forma de entender los derechos fundamentales se puede hallar en dos situaciones históricas: primero, en la configuración del Estado Social de Derecho, que se puede apreciar con nitidez ya en la Constitución de Weimar de 1918, y, segundo, en el surgimiento del control abstracto de constitucionalidad, que también tiene su antecedente en la Alemania de Weimar y en teóricos del derecho como Hans Kelsen.

Este proceso fue acentuado en los años de la post-guerra, especialmente con la afirmación de los derechos humanos como criterio máximo de legitimidad política de los Estados en el contexto internacional a través de la Declaración de 1948. Luigi Ferrajoli menciona precisamente este hito como el origen de un “cambio de paradigma” en el positivismo. Para este autor, habríamos pasado de un paleo-positivismo enfocado en el poder legislativo, a un nuevo modelo, el constitucionalismo, que al incorporar los derechos fundamentales como un límite para las decisiones democráticas afirmadas por el Poder Legislativo –a través de la transformación de las constituciones en “constituciones rígidas”- se establece como un derecho del deber ser del derecho, y por ende, retoma el aspecto “sustancial” que tenían los derechos en el paradigma del derecho natural racional del siglo XVIII (FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías...*, Op. Cit., pp. 65-68).

Si el Poder Legislativo encuentra como tope de su accionar el conjunto de derechos fundamentales establecidos positivamente, entonces estos surgen no sólo en su dimensión de garantías individuales, sino como una suerte de *parámetro jurídico objetivo* (parámetro de validez de los actos no sólo administrativos sino también legislativos). Esto fue establecido de manera paradigmática por el Tribunal Constitucional Federal alemán:

“[La] Ley Fundamental no pretende ser un ordenamiento de valores neutral (...) sino que ha establecido –en su capítulo sobre derechos fundamentales– un orden de valores objetivo, a través del cual se pone de manifiesto la decisión fundamental de fortalecer el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales (...) La dignidad del ser humano y el libre desarrollo de la personalidad (la cual se desenvuelve en el interior de una comunidad social) forman el núcleo de este sistema de valores, el cual constituye, a su vez, una decisión jurídico-constitucional fundamental, válida para todas las esferas del derecho; así, este sistema de valores aporta directivas e impulsos al Poder Legislativo, a la Administración y a la Judicatura” (Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]). Se puede encontrar una versión resumida y traducida al español en: <http://www.palermo.edu/cele/libertad-de-expresion/jurisprudencia/pdf/luth.pdf> [visitado el 10/10/2013 a las 21:04 horas].

⁵²⁴ En este punto nos guiamos por lo expresado en el trabajo de Pablo Marshall sobre este tema. Véase: MARSHALL, Pablo. *Sobre los derechos fundamentales y su eficacia*, dirigida por Antonio Bascuñán Rodríguez, Memoria para optar a licenciatura en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 2007.

esto significa para la comprensión de la función estatal. En virtud de esta doctrina –sostiene Böckenförde- los derechos fundamentales “pasan de ser principios y garantías en la relación Estado-ciudadano a ser *principios superiores del ordenamiento jurídico en su conjunto*”⁵²⁵. Los derechos pasarían a ser guías para la actuación estatal y ya no más un estatuto de garantías de los ciudadanos contra el Estado. Asimismo, al convertirse los derechos en apelaciones directas al juez constitucional, este último quedaría en una tentadora posición de poder, en cuanto intérprete y ejecutor de los máximos principios del Estado. Con esta operación estaríamos pasando de un Estado-Legislator a un Estado-Juez (peor aún, a un Estado de jueces activistas).

La segunda crítica a la idea del orden objetivo de valores proviene de Jürgen Habermas, para quien los derechos no pueden ser vistos como *valores*. Esto, porque al ser cuestiones axiológicas o teleológicas, podrían confundirse con fines a perseguir en el Estado, y contaminar con apreciaciones políticas las resoluciones de los tribunales. Esto no quiere decir que la función del juez no tenga un carácter, en el fondo, político; lo que Habermas critica es la excesiva politización del juez, que podría reducirlo a la figura de un “negociador” de valores (políticos), desdibujando su función de intérprete de principios normativos⁵²⁶.

⁵²⁵ Citado en: *Ibíd.*, p. 59. El énfasis es mío.

⁵²⁶ Habermas no se opone, sin embargo, a la noción de los derechos como principios. Se trataría –siguiendo a Dworkin- de principios que limitarían la actuación del legislador. El juez constitucional, más que guardián de un estado de cosas o de un conjunto de fines políticos, se erigiría en un garante –una especie de árbitro- de que se den las condiciones procedimentales necesarias para una generación democrática de las leyes: “Así, su tarea no es actualizar en

La posición que se ha defendido aquí también difiere de (o al menos no puede identificarse plenamente con) la doctrina del orden objetivo de valores. Sin embargo, me temo que ello no se debe a lo apuntado por sus eminentes críticos. En el caso de Böckenförde está claro que el autor propicia el retorno a una concepción restrictiva de los derechos fundamentales como meras garantías del individuo. Es decir, los confina a su faz subjetiva. Pero ya dijimos que no se puede confundir un solo aspecto de los derechos fundamentales con aquello que los define. Por lo demás, está claro que dicha crítica está apuntando no tanto al activismo judicial –extremo que, en mayor o menor medida, gran parte de los juristas rechaza- sino a la idea de un Estado activista, un Estado que –escuchando el llamado de los derechos fundamentales a ser realizados “en la medida de lo posible”- se vea empujado a cubrir cada vez más ámbitos de la vida social. Se trata, pues, de rescatar el antiguo concepto de Estado de Derecho, donde los derechos fundamentales eran defensas contra el accionar de los órganos públicos, pero no incluían –en teoría- ninguna exigencia de que el Estado interviniera positivamente en la vida de sus ciudadanos. En el fondo, se trata de una crítica al Estado Social de Derecho.

En el caso de Habermas, el problema es conceptual. Como afirma Robert Alexy, los principios y los valores son conceptos estrechamente vinculados entre sí. De esta manera, “enunciados sobre valores pueden ser

cada caso el supuesto programa *valorativo* de la constitución, sino asegurarse de que ha sido respetada la participación de todos los posibles afectados en el discurso de fundamentación de las leyes”. Citado en: *Ibíd.*, pp. 64-65.

reformulados en enunciados sobre principios”, y viceversa, “sin pérdida alguna de contenido”⁵²⁷. La diferencia entre los principios y los valores radica, más bien, en que ellos apelan a ámbitos diversos de la razón práctica. Mientras los primeros son conceptos *deontológicos*, y por ende están referidos al concepto de “deber ser”, los segundos son conceptos *axiológicos*, referidos al concepto de “lo bueno”⁵²⁸. Se trata, podría decirse, de lenguajes distintos.

¿Cuándo decimos que algo es un valor? Es necesario distinguir entre un objeto de valoración y un criterio de valoración. Un objeto de valoración puede ser cualquier cosa susceptible de ser valorada. Así, por ejemplo, un auto, un poema o un hecho histórico. Uno podría decir que tal auto es mejor o peor que tal otro, pero no que dicho auto encarna, en sí mismo, un valor. Ahora bien, para realizar dicha valoración (para decir, por ejemplo, que un auto es mejor que otro) es necesario que contemos con un *criterio* de valoración previamente definido. Como dice Alexy, un auto puede ser valorado según diversos criterios, como su velocidad, seguridad, comodidad, economicidad, belleza, etcétera. Cada uno de estos criterios puede ser caracterizado como un valor distinto. Es decir, cuando decimos “valor” decimos en realidad criterios de valoración⁵²⁹.

Este lenguaje es perfectamente trasladable al ámbito de los derechos, pues, como señala Alexy, una situación de regulación jurídica también puede

⁵²⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., pp. 138-139.

⁵²⁸ *Ibid.*, p. 139.

⁵²⁹ *Ibid.*, pp. 143-144.

ser objeto de valoración⁵³⁰. Supongamos que una autoridad de gobierno se querrela contra un caricaturista que la ha ridiculizado, a su juicio, ofensivamente. El juez tendría que decidir entre castigar al caricaturista por vulnerar el honor de la autoridad o rechazar la demanda sobre la base de que la caricatura objeto de escrutinio es una manifestación legítima de la libertad artística del demandado. Para tomar su decisión, el juez tendría, pues, que establecer una relación entre dos criterios de valoración (dos valores) distintos: el honor y la libertad artística. Acto seguido, tendría que ponderarlos y decidir cuál debería primar en el caso concreto. Eso es lo mismo que ocurriría si el juez entendiera los derechos como principios. La única diferencia entre ambos modelos estriba en que se refieren a ámbitos distintos, y por ende se expresan en lenguajes distintos. Si el juez siguiera la doctrina de los valores tendría que decir que, en el caso del ejemplo, es *mejor* que se realice en mayor medida el valor de la libertad artística a que se realice el honor del demandante (o viceversa). Si, por el contrario, el juez siguiera la doctrina de los principios, tendría que decir que –en el caso concreto- *debe* permitirse la libertad artística del caricaturista, incluso si ella afecta el honor de la autoridad demandante (o viceversa). Como se puede apreciar, si bien la forma de expresar la decisión del juez es distinta, el resultado es el mismo.

El problema de la doctrina de los valores no es, entonces, el concepto mismo de valor, ya que este puede ser perfectamente reconducido al concepto

⁵³⁰ *Ibíd.*, p. 143.

de principio. Por cierto, Alexy dice que una caracterización de los derechos como principios siempre será preferible a una caracterización de los derechos como valores, pues sólo en la primera “se expresa claramente el carácter del deber ser”⁵³¹, la esencia deontológica de los derechos fundamentales. Pero para efectos prácticos (esto es: desde el punto de vista de la estructura de los derechos) se trata de expresiones intercambiables.

En realidad, lo que incomoda de esta doctrina son dos consecuencias que se siguen de ella: primero, un modelo de interpretación de las normas iusfundamentales basado en la ponderación entre valores (o principios). Es decir, ya sea que hablemos de valores o que hablemos de principios, de lo que se trata es de ponderar. El juez no cuenta, según este modelo, con una tabla de valoración previamente establecida o con reglas predefinidas para resolver el caso. Por tanto, la verdadera polémica reside en la contraposición entre el modelo de ponderación y el modelo de subsunción. Es decir, la pugna sería entre un modelo de principios (o valores) donde el juez pondera entre diversos principios (o valores), y un modelo de reglas (o reglas de valoración) donde el juez se limita a subsumir el hecho controvertido bajo la regla previamente establecida por el legislador. En este modelo el juez no pondera las reglas en conflicto, sino que aplica una de las dos. Es decir, resuelve una antinomia.

La segunda consecuencia radica en el llamado efecto de irradiación a terceros (también conocido como efecto horizontal). Es decir, si los derechos

⁵³¹ *Ibíd.*, p. 147.

fundamentales son entendidos de manera objetiva, es evidente que su relevancia práctica no se limitará a conflictos individuales entre los ciudadanos y el Estado, sino que ellos irradiarán al resto del ordenamiento jurídico. O, como dijo el Tribunal Constitucional alemán, los derechos fundamentales entrañarán “una decisión jurídico-constitucional fundamental, *válida para todas las esferas del derecho*”⁵³². Esto levanta una posibilidad que para algunos es, de suyo, lógica, pero que para otros resulta casi aterradora: la aplicación de los derechos fundamentales en la relación ciudadano-ciudadano.

Ninguna de estas consecuencias parece relevante para el presente estudio. Respecto de la primera, el debate está abierto. Los defensores del modelo puro de las reglas defienden valores como la seguridad jurídica o la sujeción estricta del juez a la constitución. Quienes defienden el modelo de los principios (incluso si, como Alexy, diseñan un modelo donde las normas iusfundamentales tienen un carácter doble, tanto de reglas como de principios) se enmarcan generalmente en una comprensión más amplia de la argumentación jurídica, como una forma especial del discurso práctico general, a la par que critican al modelo de las reglas por dejar a los jueces aún menos sujetos a la constitución, ya que les confieren una discutible cantidad de discrecionalidad judicial⁵³³.

Nuestra comprensión de los derechos fundamentales como, esencialmente, principios políticos, es decir, la idea de que la esencia de los

⁵³² Sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth]. El énfasis es mío.

⁵³³ Véase: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Op. Cit., capítulo II.

derechos fundamentales radica en que ellos son principios políticos que bien pueden (o no) expresarse en el marco de una teoría de los derechos subjetivos (donde a la vez propugnamos una comprensión amplia del concepto), opera, por cierto, en un plano mayor de abstracción. Sin embargo, si nos tomáramos en serio dicha idea, tendríamos que decantar, me parece, hacia una posición equivalente a la de Alexy y su modelo interpretativo de ponderación. Es decir, un modelo en el cual los derechos fundamentales son entendidos como principios; es decir, como *mandatos de optimización*.

Una ventaja de la idea que defendemos aquí sobre la doctrina del orden objetivo de valores, es que nuestra concepción es mucho más transparente respecto del carácter polémico de los derechos fundamentales. La pregunta que nos hacemos es, pues, ¿qué valores? O mejor dicho: ¿cómo debemos interpretar esos valores que la Constitución enuncia sin especificar? O bien los derechos fundamentales son conceptos formales, en el sentido de que no tienen contenido o admiten cualquier contenido, o se trata de conceptos materiales, cargados semánticamente y que reflejan una visión determinada del mundo. Si la respuesta es la primera, entonces el intérprete tendrá la posibilidad de asignarles la carga semántica que él prefiera. Esto nos lleva al problema de los intérpretes versus las aspiraciones democráticas (la aristocracia togada). Si la respuesta es la segunda, entonces este hecho debe ser explicitado, y las reglas constitucionales deben interpretarse en función del principio político

rector. Diciéndolo en un lenguaje sociológico, aquí el problema es quién define el código interpretativo de esos valores establecidos en la Constitución:

"¿no son los Derechos Humanos (...) valores o símbolos vacíos (...) cuya significación varía según el código interpretativo? Sólo dentro de un contexto adquiere significado preciso un símbolo. Es decir, es posible determinar el significado preciso de los Derechos Humanos sólo por referencia al conjunto de valores articulados sobre determinado principio que los ilumina. Los Derechos Humanos son un valor presente en el discurso liberal y marxista, pero su significado varía si el principio estructurador es la libertad económica o la emancipación social"⁵³⁴.

El problema de la doctrina del orden objetivo de valores es que encubre bajo el manto de lo técnico una decisión que es eminentemente política. Aquí entramos en el ámbito de lo que Schmitt denominaba la "Constitución ideal". Pero las sociedades contemporáneas no pueden establecer *una* constitución ideal, como hicieron los liberales del siglo XIX; al contrario, las constituciones actuales están marcadas por la tensión entre varios ideales distintos, entre diversos proyectos de modernidad. ¿Podemos -a pesar de ello- defender *una* sola interpretación de dichos valores que sea capaz de amalgamar y sintetizar mejor los diversos principios que hoy se encuentran dispersos en nuestras cartas fundamentales? La intuición que guía este trabajo es que sí. Sin

⁵³⁴ LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*, Santiago, FLACSO, 1984, p. 42.

embargo, dicha operación no puede reclamar para sí una etiqueta puramente técnica, sino que debe asumirse como lo que es: una operación política.

Se trata, en todo caso, de una operación necesaria. Y es que una constitución no es (o no es sólo) un compromiso entre facciones diversas de la sociedad, ni una mera aglomeración de pretensiones contradictorias, sino que es la codificación de un proyecto político que -en teoría- el pueblo se ha dado a sí mismo. Por supuesto que dicho proyecto sólo se irá realizando de forma progresiva, pues la forma constitucional dependerá siempre de la evolución social del pueblo que se ha dado la constitución. Los estados de cosas deseables (los principios políticos) establecidos en ella tensan el arco, empujando a la sociedad hacia su concreción. Pero ello constituye precisamente el problema constitucional por excelencia: la posibilidad de rupturas internas, de resistencias, de contraproyectos o de proyectos políticos alternativos que se vean reflejados en los mismos principios⁵³⁵. Porque los principios -al igual que las reglas, y la mayor parte de los enunciados deónticos- deben ser interpretados. No se puede decir entonces que los derechos fundamentales sean un campo meramente técnico, ni meramente

⁵³⁵ Una idea parecida le permite a Andrea Greppi criticar la noción de “generaciones” de derechos. Así, señala el autor que esta tesis “hasta hoy ha sido tenazmente desmentida por la presencia de continuos conflictos ideológicos. Sólo puede ser aceptada, por tanto, como el fruto de una reconstrucción ideal”. En una nota al pie de página, agrega: “La afirmación del carácter unitario de este proceso, que abarca el periodo comprendido entre la segunda mitad del siglo xix y las primeras Constituciones del siglo xx, no resulta en mi opinión pacífica ya que presupone la homogeneidad teórica o, al menos, la continuidad ideal (e ideológica) entre liberalismo radical, reivindicaciones democráticas y movimiento obrero (distinguiendo, por cierto, dentro de este último, entre tendencias democráticas y revolucionarias)”. GREPPI, Andrea. Op. Cit., p. 286.

jurídico, si por jurídico se entiende un espacio aséptico, ajeno a las luchas políticas. Las constituciones son, pues, campos de disputa y de tensión entre diversos proyectos políticos sobre la sociedad.

3. ¿Cuáles derechos? Aproximación teórica y dogmática.

3.1. Apertura o rigidez del catálogo

Incluso dilucidando qué debe entenderse por “derechos fundamentales”, resta la identificación de cuáles son los principios que merecen dicha calificación. Aquí se percibe de una forma más directa aún el carácter polémico de los derechos (o la idea de éstos como un espacio de lucha). Ello se refleja, por ejemplo, en el sempiterno debate sobre la inclusión o no de los derechos sociales en el catálogo de derechos fundamentales⁵³⁶. Asimismo, ocurre otro tanto con el debate acerca del nivel de apertura o rigidez del catálogo para

⁵³⁶ Generalmente los autores críticos de los derechos sociales son aquellos que reducen la teoría de los derechos fundamentales a una teoría de los derechos subjetivos en el sentido kelseniano que ya hemos estudiado. Además, suelen ser críticos con la idea de un “orden objetivo de valores” y con el llamado “efecto de irradiación”. Esto también lo hemos visto más arriba cuando analizamos la postura de Böckenförde. En definitiva, estos autores defienden una comprensión estricta de los derechos fundamentales como posiciones subjetivas (generalmente negativas) del ciudadano frente al Estado. Por otro lado, un autor socialdemócrata, como Fernando Atria, discute la asignación de la voz “derechos” a los derechos sociales debido a que estos últimos operan en un plano político, orientados por la lógica del interés general, lo que hace que escapen del ámbito jurídico, regido por la lógica de los derechos subjetivos y el derecho de propiedad privada (por cierto, para llegar a dicha conclusión, Atria postula una separación que podríamos denominar “fuerte” entre política y derecho). Véase: ATRIA, Fernando. “¿Existen derechos sociales?”, Revista DOXA, Universidad de Alicante, N° 4, 2004. Es a partir de dichas conclusiones que Ricardo García Manrique elabora su propuesta de los derechos fundamentales como principios políticos y no como derechos subjetivos. Y es que –como puede desprenderse de lo analizado en el punto anterior– la lógica del derecho subjetivo está anclada en un discurso liberal (o a lo sumo socioliberal), contradictorio con el ideario socialista de igual libertad para todas las personas, ideario que inspira la noción misma de “derechos sociales”.

incluir “nuevos” derechos (o nuevos contenidos en derechos viejos⁵³⁷), como los derechos del consumidor, la protección de datos o el acceso a la información pública.

Respecto de la proliferación de derechos que la mayor parte de los países occidentales han experimentado en los últimos años (cuestión que algunos autores han criticado⁵³⁸) se podría decir que se enfrentan dos posiciones básicas: la maximalista y la minimalista. Para un maximalista, mientras más derechos tengamos, tanto mejor. Generalmente quienes se inclinan hacia esta posición suelen sostener que existe una línea de continuidad profunda entre todos los derechos fundamentales, o bien promueven una comprensión de los derechos como parte de un proyecto político notablemente exigente (estos últimos funcionarían como meras expresiones jurídicas de viejos reclamos sociales). En esta línea de argumentación se puede encontrar a muchos defensores del Estado social.

Por otro lado, los minimalistas suelen expresar –en palabras de Liborio Hierro- una suerte de “prejuicio elitista”. Con los derechos ocurriría como con el precio de los bienes en el mercado: “si son pocos, son mejores”⁵³⁹. Si bien dentro de los minimalistas podemos identificar autores que restringen el ámbito

⁵³⁷ Para Greppi, por ejemplo, los “nuevos” derechos, como el derecho a un medio ambiente libre de contaminación o los derechos colectivos y difusos no son en realidad tan nuevos, sino que se trata de nuevas articulaciones (= nuevas formas de ejercicio) de derechos viejos. También habla el autor de nuevas garantías (siguiendo la diferenciación entre el derecho y su técnica de protección indicada por Francisco Laporta). GREPPI, Andrea. Op. Cit., p. 289 y ss.

⁵³⁸ Un ejemplo notable es el mismo Francisco Laporta, en el mismo artículo que ya hemos citado.

⁵³⁹ HIERRO, Liborio. “¿Qué derechos tenemos?”, Revista DOXA, Universidad de Alicante, N° 23, 2000, p. 354.

de los derechos exclusivamente a los derechos liberales (y estos autores, por lo general, se oponen férreamente al paradigma del Estado social), lo cierto es que la mayoría de los autores que plantean estas inquietudes suelen estar motivados por un justificado temor a la trivialización de los derechos fundamentales. Se trata precisamente del temor a tener catálogos de derechos cada vez más amplios y al mismo tiempo cada vez menos efectivos. Incluso asumiendo que los derechos son, en esencia, principios políticos, la proliferación excesiva de derechos de papel (o, lo que es lo mismo, derechos sin garantías), en vez de empujar el carro de la historia hacia adelante parece contribuir más bien a quitarles su fuerza evocativa, a trivializarlos.

Por cierto, la experiencia práctica indica que una mayor extensión del catálogo de derechos suele ir acompañada de una mayor intensidad en su protección⁵⁴⁰. Sin embargo, como bien acota Francisco Laporta, los países donde ello acontece suelen ser los privilegiados del orden mundial, y sus altos niveles de vida se sostienen precisamente sobre la base de un sistema económico que produce, en los extramuros de la comunidad de países primermundistas, la conculcación de los mismos derechos que se promueven en el plano interno de dichos países⁵⁴¹.

⁵⁴⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio. "Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)", Revista DOXA, Universidad de Alicante, N° 4, 1987, pp. 61-62.

⁵⁴¹ Así, concluye el autor: "Si para tener dignidad moral hay que tener fortuna geopolítica de nacimiento, los derechos humanos serán ignorados". LAPORTA, Francisco. "Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero", Revista DOXA, Universidad de Alicante, N° 4, 1987, p. 77.

Ahora bien, si concluimos que es preciso alejarse del maximalismo más extremo y del peligro “inflacionista”, falta establecer aún qué criterio utilizar para dar con los derechos realmente “fundamentales”, o, en otras palabras, con su “núcleo duro”. Dar con este criterio es difícil, ya que sólo podrá definírsele delimitando el fundamento moral de los derechos⁵⁴². Y eso requiere de una compleja argumentación en el ámbito de la filosofía moral⁵⁴³. Por razones obvias no entraremos en este debate. Sin embargo, huelga decir que ello da cuenta una vez más del carácter polémico de los derechos y la dificultad de su aprehensión teórica⁵⁴⁴.

⁵⁴² HIERRO, Liborio. Loc. Cit.

⁵⁴³ Tanto Hierro como García Manrique encuentran dicho fundamento en la defensa de la autonomía individual. Incluso, García Manrique dice que dicho fundamento sería “único, necesario y suficiente”. Eso sí: los separa el rechazo de este último a la idea de un “núcleo duro” de los derechos: “Los derechos humanos forman un entramado único al servicio de la autodeterminación individual: cualquier pieza del entramado es necesaria para dicha autodeterminación, y sólo el conjunto es suficiente (a veces se habla de “indivisibilidad” de los derechos humanos para expresar esta idea)”. GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. “En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (acotaciones a Liborio Hierro)”, Revista DOXA, Universidad de Alicante, N° 23, 2000, p. 390.

⁵⁴⁴ En este sentido, la dificultad teórica de dar con una teoría de los derechos fundamentales ha sido destacada por Alexy, quien a su vez ha desarrollado una teoría general con la aspiración de integrar la mayor cantidad de ellas. Las diversas teorías existentes –nos dice Alexy- han sido sintetizadas por Böckenförde, quien distingue cinco de ellas como las principales: “la teoría liberal o del Estado de derecho burgués, la teoría institucional de los derechos fundamentales, la teoría axiológica de los derechos fundamentales, la teoría democrático-funcional y la del Estado social de los derechos fundamentales”. Citado en: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 36. El problema con dichas teorías reside –según Alexy- en que cada una de ellas expresa sólo una tesis básica. Se trataría, pues, de teorías unipuntuales. Y para el autor sería “muy sorprendente –dada la variedad y complejidad de aquello que regulan los derechos fundamentales y la experiencia según la cual en cuestiones prácticas de alguna importancia siempre hay que tomar en cuenta un haz de puntos de vista opuestos entre sí- que justamente los derechos fundamentales pudieran ser remitidos a un único principio. Una excepción vale tan sólo para las teorías unipuntuales con un grado máximo de abstracción, tales como las que sostienen que el fin último de los derechos fundamentales es asegurar la dignidad humana”. Por estas razones es que el autor propone una teoría combinada, teoría que –a su juicio- también subyace a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal. *Ibíd.*, p. 37. Hacia el final del libro, Alexy expone con más detalle sus objeciones a las teorías unipuntuales, y demuestra que la mayoría de ellas puede enmarcarse

3.2. La identificación de las normas de derecho fundamental

Esta dificultad que afecta a la teoría de los derechos fundamentales tiene también su correlato en la dogmática. Quienes optan por un catálogo cerrado o por una posición minimalista no tienen demasiados problemas al respecto. Pero si se acepta la apertura del catálogo y se asume el carácter dinámico de los sistemas sociales en los cuales los derechos fundamentales se enmarcan, será preciso cuestionarse seriamente sobre qué requisitos debe cumplir un derecho para ser considerado como parte del ordenamiento jurídico. En otras palabras: ¿cuándo estamos frente a una norma de derecho fundamental? ¿Se puede expandir el catálogo jurisprudencialmente o es necesario reformar legislativamente los preceptos constitucionales que consagran derechos? De lo que se trata, pues, es de cómo identificar las normas iusfundamentales.

La respuesta más sencilla al problema es la respuesta “formalista”⁵⁴⁵, es decir, la identificación de las normas iusfundamentales a partir del contenido literal de los derechos ya positivizados en la Constitución. Nótese que hemos pasado desde una pregunta normativa -¿qué derechos *deben* integrar el catálogo?- a una pregunta estratégico-técnica: ¿cómo identificamos esos derechos? Si optamos, en el caso de la primera pregunta, por una noción

en una teoría de los valores o de los principios, pero que no sería posible establecer *un* solo valor o principio iusfundamental. *Ibíd.*, pp. 540-554.

⁵⁴⁵ CONTRERAS, Patricio. “¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental”, en: NÚÑEZ, José Ignacio (coordinador), *Nuevas Perspectivas en Derecho Público*, Santiago, Editorial Librotecnia, 2011, p. 153.

abierta de los derechos fundamentales, la estrategia formalista de identificación de los derechos nos está diciendo que cualquier ampliación del catálogo tendría que hacerse mediante la actuación legislativa. La sencillez de esta posición, sin embargo, pierde parte de su atractivo cuando reflexionamos un poco más profundamente sobre la labor del juez constitucional en una sociedad compleja.

Supongamos que el juez se enfrenta al caso de un ciudadano que reclama la vulneración de su derecho de acceso a la información pública. Este derecho, por cierto, no se encuentra consagrado explícitamente en el artículo 19 de nuestra Constitución. El juez tendrá que determinar si efectivamente la Constitución consagra este nuevo derecho y en virtud de qué preceptos de su articulado. Como es sabido, la legislación normal ya está condicionada por la textura abierta del derecho, pero en los casos constitucionales esta apertura es mucho mayor, debido al carácter jurídico-político de toda Constitución. Así, el juez se verá obligado a ponderar aquí una serie de factores que usualmente no consideraría y a desarrollar argumentos más sofisticados que los ordinarios para apoyar su decisión. En este caso particular, por ejemplo, el juez debería considerar no sólo el artículo 19° sino también el artículo 8° (CPR), que consagra la publicidad de los actos y resoluciones de los órganos del Estado.

Esto no quiere decir que el juez esté obligado a considerar que del estricto principio de publicidad allí consagrado se deriva un derecho fundamental concreto como el derecho de acceso a la información pública, pero sí que el juez constitucional está obligado a considerar esta posibilidad y a

ponderarla seriamente. ¿Qué es lo que exige el principio en cuestión? ¿Cuáles son sus límites? ¿Qué significa el artículo 8° para los ciudadanos que pueden ser afectados por el secreto estatal en la toma de decisiones? Estas cuestiones deben ser encausadas dentro de una argumentación racional. Una respuesta estrictamente formalista –como lo sería el rechazo de la demanda en virtud de la falta de una norma iusfundamental explícita al respecto- resultaría insatisfactoria desde el punto de vista constitucional, ya que lo que se espera del juez es precisamente que integre sus decisiones en una interpretación coherente de la Carta Fundamental, ponderando todos los principios e intereses en juego.

Incluso asumiendo que el formalismo pueda ser útil para la identificación de muchos derechos fundamentales, Alexy nos previene contra su utilización como criterio único de identificación. Así, una lectura literal de la Ley Fundamental alemana, nos advierte el autor, incluiría dentro de los derechos fundamentales tanto cuestiones que son derechos –como el derecho de los ciudadanos a votar en las elecciones periódicas- como cuestiones que no lo son, como las atribuciones de los parlamentarios del *Bundestag*⁵⁴⁶.

La posición formalista se nos muestra, en conclusión, deficiente para identificar las normas iusfundamentales. Pasemos, pues, a la segunda posición: aquella que defiende la existencia de los llamados *derechos implícitos*.

⁵⁴⁶ ALEXY, Robert. “Discourse theory and fundamental rights”, en: MENÉNDEZ, Agustín y ERIKSEN, Erik (editores). *Arguing Fundamental Rights*, Dordrecht, Springer, 2006, p. 16.

Aquí Contreras ha identificado tres formas básicas de entender la existencia de derechos implícitos en la dogmática constitucional chilena. La primera, que podríamos llamar *iusnaturalista*, simplemente se basa en la “constatación de la falta de norma constitucional que recoja la potestad subjetiva iusfundamental que se pretende”⁵⁴⁷. De acuerdo a esta postura, un derecho implícito sería simplemente un derecho no positivizado⁵⁴⁸. Esta es una versión *fuerte* de la teoría de los derechos implícitos. Como se podrá comprender de inmediato, esta postura abre la puerta a la posibilidad de que se creen de manera arbitraria nuevos derechos por parte de los órganos jurisdiccionales, limitando el margen de acción del poder legislativo, situación claramente problemática en el marco de un Estado democrático con división de poderes.

La segunda postura, que podríamos denominar de la *doble fuente formal*, entiende a los derechos implícitos como derechos incorporados en la Constitución a través de la cláusula del artículo 5°, que establece como límites de la soberanía no sólo a los derechos consagrados por el artículo 19°, sino también aquellos recogidos en los tratados internacionales ratificados por Chile. El atractivo de esta lectura reside en su sencillez; sin embargo, presenta el inconveniente de que se ve envuelta en una discusión nada pacífica en nuestra

⁵⁴⁷ CONTRERAS, Pablo. Op. Cit., p. 154.

⁵⁴⁸ *Ibid.*, p. 156. Un defensor importante de esta tendencia doctrinal en el derecho comparado es Germán Bidart Campos. Véase: BIDART, Germán. “Los derechos “no enumerados” en su relación con el derecho constitucional y el derecho internacional”, en: MENDEZ, Ricardo (coordinador). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002, pp. 103 – 113.

doctrina: el debate respecto del rango constitucional de los tratados internacionales⁵⁴⁹. Por lo demás, incluso incorporándose los tratados internacionales en el análisis constitucional, sigue existiendo el riesgo del vicio formalista (esto es, considerar sólo los derechos consagrados explícitamente en el tratado incorporado a la Constitución).

Finalmente, para una tercera postura, que podríamos denominar *hermenéutica*, los derechos implícitos son el resultado de la “reformulación interpretativa de una norma de la CPR o los tratados internacionales que hace que ésta sea leída como un derecho, sin que, al menos *prima facie*, atribuyere tal potestad individual”⁵⁵⁰. Para un autor formalista, empero, incluso esta tercera lectura resultaría problemática, porque mediante la interpretación el juez podría entrar a decidir cuestiones que son propias del legislador. Es decir, tendríamos un problema similar al de la postura iusnaturalista, sólo que atenuado.

En fin, como se puede apreciar, y volviendo al ejemplo del acceso a la información pública, bajo la versión fuerte de los derechos explícitos este *nuevo* derecho podría ser “descubierto” sin problemas por el juez constitucional; bajo la segunda versión la incorporación del derecho en cuestión es un poco más compleja, aunque posible, ya que el intérprete requeriría hacer una interpretación amplia del artículo 13.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del cual dicho derecho se desprende; y finalmente, bajo la tercera versión, se podría entender incorporado el derecho en comento

⁵⁴⁹ *Ibid.*, pp. 156-157.

⁵⁵⁰ *Ibid.*, pp. 157-158.

interpretando –también de manera amplia- el mandato constitucional del artículo 8° de la Constitución.

Sin embargo, lo que hemos ganado en la protección de las posiciones subjetivas de los ciudadanos, lo hemos perdido –aparentemente- en claridad dogmática. Así, Contreras rechaza de plano la primera lectura de los derechos implícitos, mientras que acepta –aunque no le parece óptima- la segunda, y critica algunas posibles consecuencias negativas de la tercera. Para superar estos problemas propone una cuarta vía: aplicar la diferenciación que hace Robert Alexy entre diversos niveles de concreción de las normas de derecho fundamental.

En primer lugar, estarían las *normas directamente estatuidas*, esto es, formulaciones abstractas de las disposiciones de derecho fundamental y lo que éstas ordenan⁵⁵¹. La labor del intérprete, en estos casos, consistiría en “traducir” estas disposiciones en términos deónticos, aunque no estén estipuladas así en forma literal. Contreras pone como ejemplo el artículo 1° de la CPR (“las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”), el cual debería leerse como si estipulara un deber ser (“se *debe* tratar a las personas como libres e iguales en dignidad y derechos desde su nacimiento”)⁵⁵².

En segundo lugar estarían las *normas adscriptas*. Ellas son producto de un proceso intelectual de concreción de las normas directamente estatuidas. La cuestión es compleja, por lo que, una vez más, debemos ir a la fuente directa:

⁵⁵¹ *Ibíd.*, p. 177.

⁵⁵² *Ibíd.*, pp. 177-178.

Robert Alexy. Alexy ejemplifica este punto con una frase de un artículo de la Ley Fundamental alemana que enuncia: “la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres”. A partir de dicha frase, mediante un desarrollo lógico e interpretativo, el Tribunal Constitucional Federal –nos dice Alexy- ha llegado al siguiente enunciado: “El Estado tiene el deber de posibilitar y promover el libre cultivo de la ciencia libre y su transmisión a las futuras generaciones, facilitando los medios personales, financieros y organizativos”⁵⁵³. Dicha norma se encontraría en una *relación de precisión* con el texto constitucional⁵⁵⁴. Como la Constitución no sólo debe ser una guía abstracta de las actuaciones de los órganos públicos sino que requiere ser aplicada a casos concretos –en otras palabras: debe hacerse *efectiva*⁵⁵⁵- dichas operaciones interpretativas son necesarias. Eso es lo que Alexy entiende, pues, por adscripción. Ahora bien, ¿cuándo una adscripción es realizada conforme a derecho? El mismo Alexy nos responde:

"Una norma adscripta vale y es una norma de derecho fundamental si para su adscripción a una norma de derecho fundamental estatuida directamente es posible dar una *fundamentación iusfundamental correcta*"⁵⁵⁶.

⁵⁵³ Cabe mencionar que la frase está sacada de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal. Véase la construcción lógico-interpretativa en: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., pp. 66-70.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 69.

⁵⁵⁵ También puede decirse que la Constitución se “procesaliza”. Tomo prestada esta expresión del profesor de la Universidad de Chile Álvaro Tejos Canales.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, p.71.

Pero, ¿cuándo estamos frente a una fundamentación iusfundamental correcta? El mismo Alexy reconoce que aquí hay incertidumbre⁵⁵⁷. En último término, la adscripción de una norma depende de un trabajo de argumentación bastante parecido a la lectura hermenéutica de los derechos implícitos, con la única diferencia que aquí la vinculación al texto constitucional es, tal vez, un poco más fuerte. En todo caso, lo relevante para Alexy es que “las normas adscriptas ponen de manifiesto que la *argumentación iusfundamental* juega un papel decisivo en la respuesta a la cuestión acerca de qué es lo que vale desde el punto de vista de los derechos fundamentales”⁵⁵⁸.

Es decir, aquí no importa defender una ilusoria “cientificidad” de la dogmática constitucional. Lo que hacen los jueces no es escolástica ni tampoco demostraciones “geométricas” de principios trascendentes. Lo que aquí se busca favorecer es el desarrollo de una práctica argumentativa racional (y razonable) que sitúe a los derechos fundamentales en un discurso coherente con el paradigma democrático.

Es en este sentido que el recurso a supuestos derechos implícitos puede resultar erróneo. Al juez no le corresponde “descubrir” nuevos derechos ni crearlos, sino *interpretar* las normas constitucionales de manera coherente y sistemática. En el ejemplo que hemos visto reiteradamente, el problema es cómo debe entenderse el mandato contenido en el artículo 8° de la CPR. ¿Qué quiere decir que los actos de los órganos estatales sean (=deban ser) públicos?

⁵⁵⁷ *Ibíd.*, p. 72.

⁵⁵⁸ *Ibíd.*, p. 80. El destacado es mío.

¿Qué significa “público”? Si la publicidad es la regla general y, por ende, el Estado debe orientarse hacia la progresiva publicidad de sus actos, entonces, ¿qué derechos se derivan de ello para el ciudadano común y corriente? Resolver esta interrogante no es sinónimo de excavar debajo de la corteza terrestre en busca de un derecho nuevo, sino tomarse en serio el mandato constitucional del artículo 8°. Esto es válido para todos los derechos fundamentales, incluido –por cierto- el derecho a la protesta.

Así, y para ir concluyendo, nosotros coincidimos con Contreras en su rechazo a la versión fuerte de la teoría de los derechos implícitos, ya que no fija criterios claros de decisión y, en consecuencia, le otorga un excesivo poder al órgano encargado de la jurisdicción constitucional. Pero al mismo tiempo, nos parece que una interpretación coherente del texto constitucional nos debería llevar a aceptar la incorporación de aquellas normas iusfundamentales positivizadas por los tratados internacionales ratificados por Chile (mandato consagrado explícitamente en el artículo 5° de la CPR). Además, nos parece que la postura hermenéutica no difiere en lo sustantivo de la técnica de la adscripción, aunque esta última tiene la virtud de ser mucho más clara en indicarnos que el juez no crea ni descubre derechos nuevos, ni intenta forzar el texto constitucional para adaptarlo a su propia teoría constitucional *ad hoc*, sino que simplemente lleva al plano concreto (=concretiza o precisa) una norma iusfundamental de contenido abstracto estatuida directamente en la Constitución.

Resta, en fin, un último escollo: los defensores de la versión fuerte de los derechos implícitos podrían argumentar que, en virtud de la incorporación de los tratados internacionales, sería posible añadir perfectamente ciertos derechos no enumerados, debido a que la Convención Americana incluye en su artículo 29 c) una referencia explícita a ellos⁵⁵⁹. Dice el artículo:

Art. 29. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

(...)

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno (...)

Aquí coincidimos con Contreras, para quien el artículo en cuestión “sólo busca limitar la discrecionalidad de la hermenéutica de las disposiciones de derechos humanos, con el objeto de no imponer limitaciones o restricciones desproporcionadas o arbitrarias en el derecho general de libertad y de igualdad que asegura la Convención”⁵⁶⁰. Es decir, se propone una lectura extensiva de las normas de la Convención, una lectura favorable a la persona humana, de manera que los preceptos reunidos en dicho instrumento puedan ser armonizados con otras normas o principios garantistas no contenidos

⁵⁵⁹ Este argumento es desarrollado por Bidart Campos. Véase: Op. Cit., pp. 106-109.

⁵⁶⁰ CONTRERAS, Pablo. Op. Cit., p. 175.

explícitamente allí. Y parece ser que el método de la adscripción sería el más adecuado para conseguir dichos objetivos.

4. Síntesis

Cuando nos preguntamos si una acción –como la protesta- puede constituirse en un derecho fundamental, debemos aclarar previamente qué entendemos por tal. Para ello hemos hecho un repaso general de algunos de los aspectos más relevantes de la teoría de los derechos fundamentales.

Un lugar común de ciertas corrientes positivistas es sostener que los derechos fundamentales son un tipo específico dentro del género “derechos subjetivos”. Pero, ¿qué es exactamente un derecho subjetivo? Para Kelsen ellos se identifican con la garantía de su imposición judicial. Para Hohfeld, en cambio, cuando hablamos de derechos subjetivos (*rights*) en realidad nos estamos refiriendo a una serie de relaciones y posiciones jurídicas que él descompone en cuatro: derecho en sentido estricto⁵⁶¹, privilegio, inmunidad y potestad. En esta misma línea Alexy distingue a lo menos tres relaciones y posiciones jurídicas fundamentales cuando hablamos de derechos subjetivos: el derecho a algo, la libertad y la competencia. Por otra parte, un neopositivista como Ferrajoli coincide en distinguir el derecho subjetivo, entendido como expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica

⁵⁶¹ Cuya esencia radicaba en su carácter de pretensión (*claim*) y no en su posterior imposición judicial.

(cuestión que, para Kelsen era un mero “derecho reflejo”), de la garantía que permite su imposición judicial.

Ninguna de estas visiones, sin embargo, nos logró satisfacer en cuanto definición de los derechos fundamentales, ya que todas ellas agotan el fenómeno dentro del ámbito estricto del derecho positivo. En realidad, dijimos, siguiendo en esto a Francisco Laporta y Ricardo García Manrique, la esencia de los derechos fundamentales radica en ser principios políticos que orientan la acción estatal. Esta tesis es al menos parcialmente coincidente con la teoría de los derechos morales propuesta por autores como Ronald Dworkin y Carlos Santiago Nino. Habría, pues, que invertir la relación entre derechos subjetivos y derechos fundamentales: los primeros sólo son una técnica de protección de los segundos.

En definitiva, podemos sostener que una cosa es el derecho fundamental a protestar, principio político básico en el contexto de una teoría robusta de la democracia (como la expuesta en el capítulo IV) y otra muy distinta la existencia de un derecho subjetivo a protestar consagrado positivamente. Sólo sobre la base del primero es posible identificar al segundo.

Entonces tenemos, en el plano de mayor abstracción, el derecho fundamental a protestar y, en un segundo plano, más concreto, el derecho subjetivo a la protesta en el sentido de Ferrajoli, entendido como una expectativa (predominantemente negativa) adscrita a un sujeto por una norma jurídica. Esta expectativa engloba varias posiciones y relaciones jurídicas en el

sentido expuesto tanto por Hohfeld como por Alexy, pero específicamente por este último. La incardinación positiva del derecho subjetivo se realiza mediante la configuración de una norma adscripta a la Constitución, es decir, precisando (o concretizando, si se quiere) las normas iusfundamentales que se refieren a la libertad de expresión (la protesta es una manifestación pública de disenso, y por ende, cabe dentro de esta libertad), a la participación política (la protesta está orientada a la participación del ciudadano en los asuntos de la polis, lo cual es congruente con una teoría robusta de la democracia), y a la libertad de reunión y manifestación (una de las formas más representativas de la protesta en nuestro país es la realización de marchas y asambleas en las calles y plazas). Es decir, gran parte de las actividades de protesta se pueden considerar no sólo meramente permitidas sino también protegidas y garantizadas por estas normas. Por otra parte, la construcción teórica del derecho fundamental a protestar entendido como principio político, puede tener una gran relevancia a la hora de efectuar una interpretación coherente de las normas iusfundamentales, a la luz tanto de la teoría de la democracia como de la teoría de los derechos fundamentales.

B) EL DERECHO FUNDAMENTAL A PROTESTAR

En la sección A) dijimos que el derecho a la protesta se configura como un principio político del Estado democrático de derecho. Y si bien su positivización no es particularmente compleja -ya que cabe, al igual que el derecho de reunión o la libertad de expresión, en el marco de los derechos negativos de libertad, derechos fácilmente consagrables en términos de derechos subjetivos- existe algo en este derecho que se resiste a su completa *delimitación* jurídica.

Por cierto, este es un problema consustancial a la traducción de un principio político o de un derecho moral al lenguaje de los derechos subjetivos. En el caso de la protesta esta dificultad aparece tanto respecto de su conceptualización amplia como respecto de su conceptualización estrecha (normativa), que ya hemos desarrollado, ya que se trata de una práctica social que sobrepasa al ámbito jurídico. La inclusión en la protesta de formas de acción política que otrora eran consideradas como actos de resistencia, como la desobediencia civil, pone de manifiesto este carácter elusivo⁵⁶².

Finalmente, la plena aprehensión normativa de la protesta se hace más difícil por el simple hecho de que su positivización podría traer aparejadas ciertas limitaciones que le son extrañas a la protesta entendida como fenómeno

⁵⁶² Véase: infra, Capítulo V), sección B), parágrafo 6

político, debido a la necesaria adecuación de todo derecho a un complejo sistema de ponderaciones con otros bienes y/o principios, como ya hemos señalado en la sección anterior.

Hechas estas prevenciones, a continuación intentaremos desarrollar un concepto propiamente jurídico-positivo del derecho a la protesta, tomando en cuenta el actual texto constitucional. Para ello identificaremos, en primer lugar, a qué normas iusfundamentales podría *adscribirse* este derecho. Nos detendremos latamente en el derecho de reunión, por tratarse del derecho que cubre la manifestación más común de la protesta en Chile: las marchas. En segundo lugar, señalaremos algunos elementos que necesariamente debería considerar este derecho, en función de su configuración dogmática, y revisaremos su adecuación al Estado de derecho. Finalmente, intentaremos dilucidar si es posible incluir en él a la desobediencia civil, ya no desde la teoría política de la democracia, como en el capítulo III, sino desde una perspectiva jurídico-positiva, como un derecho o como el ejercicio válido de un derecho fundamental.

1. Incardinación positiva del derecho a la protesta

Como adelantamos en la sección anterior, el derecho a la protesta está establecido como una norma iusfundamental adscripta a tres normas iusfundamentales directamente estatuidas: la libertad de expresión (artículo 19, N° 12, CPR), el derecho a la participación política (artículo 1°, inciso final, CPR)

y el derecho de reunión (artículo 19, N° 13, CPR). Revisemos cada una de estas normas.

1.1. Libertad de expresión

Antes de entrar en materia debemos puntualizar un par de cuestiones generales sobre la libertad de expresión. Ésta, al igual que todas las libertades, implica una relación entre el individuo y la autoridad. En la actualidad hay un discurso muy engañoso que trata de otorgarle a la autoridad todas las atribuciones para discernir y poner los límites de estas libertades, cuando se supone que están hechas precisamente como salvaguardas del individuo respecto de aquélla. Es cierto que, en un sistema democrático, es la colectividad completa la que define el ámbito y el alcance de los derechos. Sin embargo, para que la definición de esos límites sea aceptable, es importante que la discusión pública no esté viciada, que el proceso democrático sea realmente inclusivo y que las voces discordantes de la sociedad sean escuchadas.

John Stuart Mill, si bien distinguía las libertades internas del hombre, como la libertad de conciencia y de pensamiento, y las libertades externas, como la libertad expresión, señalaba que estas últimas son, en la práctica, inseparables de las primeras⁵⁶³. Se podría decir, de hecho, que la libertad de expresión es el corolario de la libertad de conciencia. Esto quiere decir que,

⁵⁶³ MILL, John Stuart. *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza editorial, 2013, p. 84.

para que tengamos verdadera libertad de conciencia, debemos tener la posibilidad de expresar lo que nuestra conciencia nos está diciendo. Obviamente, si consideramos la libertad de expresión en un sentido amplio, también trae aparejadas las libertades de reunión pacífica y de asociación⁵⁶⁴.

Por otro lado, podría afirmarse que uno se beneficia al recibir algunos discursos, incluso discursos incómodos, como en el caso del *Libro Negro de la Justicia Chilena*, que marcó algunas de las discusiones sobre libertad de expresión en los años 90'. Acá también podemos aproximarnos a la cuestión a partir de John Stuart Mill, quien defiende el clásico argumento de la relación intrínseca de la verdad con la libertad de expresión. ¿Cómo vamos a conocer la verdad si no nos exponemos a la crítica? ¿Cómo vamos a conocer *toda* la verdad si no nos exponemos al error? Esto significa que la verdad tiene como sustento la posibilidad de equivocarse. Aunque el 99% de la sociedad estimara que un discurso es erróneo, nos interesa a todos que ese discurso pueda ser dicho para que la verdad total salga a la luz⁵⁶⁵. Por eso, en principio, todos los discursos deberían estar permitidos en el espacio público. Digo “en principio”,

⁵⁶⁴ *Ibíd.*

⁵⁶⁵ “Si toda la humanidad, menos una persona, fuera de una misma opinión, y esta persona fuera de opinión contraria, la humanidad sería tan injusta impidiendo que hablase como ella misma lo sería si teniendo poder bastante impidiera que hablara la humanidad. Si fuera la opinión una posesión personal que sólo tuviera valor para su dueño; si el impedir su disfrute fuera simplemente un perjuicio particular, habría alguna diferencia entre que el perjuicio infligiera a pocas o muchas personas. Pero la peculiaridad del mal que consiste en impedir la expresión de una opinión es que se comete un robo a la raza humana; a la posteridad tanto como a la generación actual; a aquellos que disienten de esta opinión, más todavía que a quienes participan en ella. Si la opinión es verdadera se les priva de la oportunidad de cambiar el error por la verdad; y si es errónea, pierden lo que es un beneficio no menos importante: la más clara percepción y la impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error”. MILL, John Stuart. *Op. Cit.*, p. 91.

porque existen buenas razones para excluir del ámbito protegido por la libertad de expresión a los discursos que inciten al odio o a la violencia en contra de particulares, tal como acaece en el sistema interamericano. Sin embargo, aún esta limitación debe ser entendida restrictivamente.

El argumento de John Stuart Mill ha sido erróneamente confundido con la propuesta de una especie de “mercado de las ideas”⁵⁶⁶. La verdad es que dicha analogía fue introducida por el juez Oliver Wendell Holmes en su famoso voto disidente en *Abrams v. United States* en 1919. Allí el juez Holmes argumentó:

"Cuando los hombres se den cuenta de que el tiempo ha derribado muchas creencias enfrentadas, puede ser que lleguen a creer, aún más profundamente de lo que creen en los cimientos de su propia conducta, que el deseado bien supremo se alcanza mejor por medio del libre intercambio de ideas –que la mejor prueba de la verdad es la capacidad del pensamiento para ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es la única base sobre la cual los deseos de los hombres pueden cumplirse de manera segura. Esta es de todas maneras la teoría de nuestra Constitución. Es un experimento, como la vida misma es un experimento (...). Mientras dicho experimento sea parte de nuestro sistema, creo que deberíamos estar eternamente vigilantes contra los intentos por controlar la expresión de las opiniones que odiamos (...) a

⁵⁶⁶ VERDUGO, Sergio. “El eslogan de la protesta social”, en: V. V. A. A. *Seminario internacional: Seguridad democrática y derechos humanos, 20 de julio de 2012*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012, p. 87.

menos que ellas amenacen con interferir de manera tan inminente con los legítimos y apremiantes propósitos de la ley que un control inmediato sea necesario para salvar al país"⁵⁶⁷.

Incluso aquí podríamos argumentar que la metáfora mercantilista es secundaria respecto del valor de la verdad y la noción de ésta como captada a través de la experimentación constante (sistema de prueba y error)⁵⁶⁸. Por cierto, es muy probable que Holmes pensara en el argumento de la búsqueda de la verdad de Mill cuando redactó su famoso disenso, pero de allí no se sigue que la idea de la libertad de expresión como medio para alcanzar la verdad deba ser subsumida bajo la contradictoria imagen del “mercado de las ideas”⁵⁶⁹.

Me detengo en ese punto porque me parece relevante descartar de plano dicha noción. La competencia mercantil entre diversas corrientes de ideas

⁵⁶⁷ *Abrams v. U. S.*, 250 U.S. 616 (1919). La traducción es mía. El original versa como sigue: “But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment (...) While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe (...) unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country”.

⁵⁶⁸ Robert Post conecta esta metáfora con la escuela pragmática de William James. Véase: POST, Robert. “Reconciling theory and doctrine in First Amendment jurisprudence”, *California Law Review*, Vol. 88, N° 6, 2000, p. 2360.

⁵⁶⁹ Para una crítica de la teoría del “mercado de las ideas” en la jurisprudencia estadounidense, véase: BRIETZKE, Paul. “How and why the Marketplace of ideas fails”, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 31, N° 3, 1997, pp. 951-969. Cabe destacar que Brietzke identifica el origen remoto de la idea de Holmes en John Milton (*Areopagitica*) y no en Mill. Por otra parte, para una crítica del modelo desde una perspectiva radical, véase: INGBER, Stanley. “The marketplace of ideas: A legitimizing myth”, *Duke Law Journal*, Vol. 1984, N° 1, 1984, pp. 1-91.

supone una idea de la verdad como maximización de las preferencias individuales. Es decir, una idea privada de la verdad, donde cada uno tiene “su” verdad individual. Sin embargo, la noción de verdad de John Stuart Mill supone una comprensión *pública* de la verdad. De hecho, el mismo Mill descarta que la opinión sea una cuestión reducible a preferencias individuales: para él la opinión no es una “posesión personal”, por lo que silenciar una opinión supone no una afrenta a un individuo particular sino un “robo” a la humanidad⁵⁷⁰.

Probablemente esta idea objetiva de la verdad ha sido oscurecida por el hecho de que Mill sostiene el principio de que quien censura una idea ajena está asumiendo su propia infalibilidad. Sin embargo, el mismo Mill aclara que la pretensión de infalibilidad no es “sentirse seguro de una doctrina” sino “el tratar de decidir *para los demás* una cuestión, sin que se les permita escuchar lo que se pueda decir en contra”⁵⁷¹. Así, de acuerdo a la idea de la falibilidad humana lo único censurable es la imposición de una doctrina a los demás, no la pretensión de tener la razón. El mercado de las ideas privatiza la verdad, y considera –en definitiva- a la acción política “como negociación entre individuos cuyas funciones de preferencia permanecen fuera de lo político”⁵⁷².

Una lectura atenta de Mill nos podría permitir notar una serie de analogías y modelos de la verdad que el autor utiliza para graficar sus puntos de vista. Así, se habla del foro público, de la comunidad científica, del tribunal

⁵⁷⁰ MILL, John Stuart. Op. Cit., p. 91.

⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 50.

⁵⁷² ATRIA, Fernando. “La verdad y lo político (I). La verdad y su dimensión constitutiva”, *Persona y sociedad*, Universidad Alberto Hurtado, Vol. 23, N° 1, 2009, p. 29.

de justicia. Nunca se habla del mercado de las ideas. En la única ocasión en que Mill se refiere al libre mercado es para descartar dicha analogía, argumentando que el comercio admite mucha más regulación que la libertad individual⁵⁷³.

Ahora bien, es evidente que, incluso salvando el correcto sentido de las palabras de Mill, el argumento de la búsqueda de la verdad se encuentra sujeto a múltiples críticas⁵⁷⁴. En el texto de Mill nunca queda suficientemente claro si está pensando en el problema abstracto de la verdad –lo que induciría a interpretarlo como una extrapolación de los problemas de la comunidad académica- o si está pensando en la verdad política –en cuyo caso podríamos pensar en la clásica imagen de la “asamblea vecinal”⁵⁷⁵.

En todo caso, me parece que la noción de Mill es esencialmente correcta, aunque claramente no se trata del único argumento válido para defender la libertad de expresión y no agota todas las prácticas sociales que este derecho protege.

Miguel Carbonell, por ejemplo, habla también del argumento de la autorrealización personal (la libertad de expresión sería clave para “propiciar

⁵⁷³ Para que no queden dudas nos remitiremos directamente a las palabras de Mill: "As the principle of individual liberty *is not involved in the doctrine of Free Trade*, so neither is it in most of the questions which arise respecting the limits of the doctrine: as for example, what amount of public control is admissible for the prevention of fraud by adulteration; how far sanitary precautions, or arrangements to protect workpeople employed in dangerous occupations, should be enforced by employers. Such questions involve considerations of liberty, only in so far as leaving people to themselves is always better, *ceteris paribus*, than controlling them: but that they may be legitimately controlled for these ends, is in principle undeniable". MILL, John Stuart. *On liberty*, London, J. W. Parker and Son, 1859, p. 171. Las cursivas son mías.

⁵⁷⁴ Véase: POST, Robert. Op. Cit.

⁵⁷⁵ La imagen clásica de la asamblea vecinal es de Alexander Meiklejohn. Para una revisión de esta idea, véase: POST, Robert. *Ibíd.*

nuestro crecimiento intelectual y moral”⁵⁷⁶) y de la participación democrática (la libertad de expresión sería clave para la deliberación pública⁵⁷⁷). Este último argumento, a su vez, tiene varias aristas y matices, y –como bien dice Carbonell- tampoco puede fundamentar por sí solo la libertad de expresión⁵⁷⁸, pero es el que me parece más relevante para efectos de este trabajo y por eso lo desarrollaré a continuación. Vale aclarar que esto no quita validez al argumento ya presentado de la búsqueda de la verdad, sino que busca simplemente ampliar y poner en relación ambas ideas. Y es que estos dos argumentos se enraízan en una serie de prácticas sociales que no pueden ser soslayadas. Como dice Robert Post:

"La democracia no es simplemente una cuestión de discursos; también envuelve todas las complicadas formas de interacción social por medio de las cuales nos gobernamos a nosotros mismos. La búsqueda de la verdad no es simplemente una cuestión de frases y proposiciones; también involucra hábitos mentales, prioridades de la razón, orientaciones intersubjetivas y actitudes que, cuando se ponen juntas, dan forma a aquello que reconocemos como un intercambio racional o una búsqueda colectiva del conocimiento. El discurso es, por cierto, un prerrequisito tanto de la democracia como de la búsqueda de la verdad, pero el discurso por sí solo, en ausencia de otras prácticas sociales

⁵⁷⁶ CARBONELL, Miguel. "El fundamento de la libertad de expresión en la democracia constitucional", Ávila, M.; Ávila, R. & Gómez, G. (Editores), México, 2011, p. 90.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, pp. 91-94.

⁵⁷⁸ *Ibid.*, p. 91.

necesarias, no podría sostener los valores que buscamos tanto en la democracia como en la búsqueda de la verdad"⁵⁷⁹.

Ahora bien, si atendemos al hecho de que la práctica social más importante y, por ende, definitoria de nuestros sistemas de gobierno es la participación democrática, tal como vimos en el capítulo anterior, podemos llegar a la conclusión de que la búsqueda de la verdad es el punto de partida, pero la participación democrática es el punto de llegada⁵⁸⁰.

En el caso específico de nuestro país, la libertad de expresión no comprende solamente la libertad de opinar, sino también la libertad de informar e informarse. Esto último se conecta directamente con el *principio de publicidad* en los actos del Estado consagrado en el artículo 8° de la Constitución. A su vez, según parte importante de la doctrina, de dicho principio general se extrae el derecho de acceso a la información pública, tal como analizamos en la sección anterior⁵⁸¹. Es decir, según este principio, no solamente puedo dar y recibir información, sino también solicitar la información que necesito de parte de los órganos públicos. Estos deben, en principio, hacer públicos todos sus

⁵⁷⁹ POST, Robert, "Recuperating First Amendment doctrine", Stanford Law Review, Vol. 47, 1995, p. 1272. La traducción es mía.

⁵⁸⁰ Robert Post asegura que es posible conciliar los distintos argumentos, ya que cada uno busca proteger distintos intereses y propósitos, todos los cuales se pueden entender como comprendidos bajo la idea de libertad de expresión. Sin embargo, en caso de colisión entre estas teorías, se debe preferir la aplicación de la teoría democrático-participativa. Véase: "Reconciling theory and doctrine in First Amendment jurisprudence", Op. Cit., p. 2373.

⁵⁸¹ Véase: supra., capítulo V, sección A), parágrafo 3.1.

actos⁵⁸². Quiero enfatizar, pues, la función de la libertad de expresión, ya no sólo como salvaguarda del individuo, sino como principal *libertad fiscalizadora* que tenemos en el país. Y es que la fiscalización no se agota solamente en los controles públicos, en los *check and balances*, en las interpelaciones parlamentarias o en la actividad de las Superintendencias. La fiscalización más relevante es la que le compete al ciudadano mismo. Una de las formas de fiscalizar a nuestros gobernantes es a través de la protesta.

Ahora bien, alguien podría sostener que la protesta va más allá de la mera fiscalización, y que, en cuanto actividad física y masiva, si bien se puede considerar como una expresión válida, en ningún caso podría considerarse como un *discurso* digno de obtener nuestra protección. Esto justificaría un régimen de restricción del derecho a la protesta mucho más severo que aquel que se aplica respecto de la libertad de opinar. Tampoco se trataría en la protesta de *deliberación* pública, porque los manifestantes utilizan medios de manipulación política o incluso –según algunos- medios de coacción, como serían –según esta visión- las tomas de establecimientos educacionales.

Los discursos válidos serían, pues, sólo aquellos discursos más o menos asépticos pronunciados por los académicos o las organizaciones reconocidas jurídicamente por el Estado. Sin embargo, esta visión de la deliberación pública no sólo es reduccionista, sino que peca de falta de realismo. La verdadera deliberación democrática suele ser “sucias”. Lo relevante, desde una perspectiva

⁵⁸² Ya hemos señalado la relevancia de la publicidad para la democracia: BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 94-95.

democrática, no son los discursos oficiales que se pronuncian entre cuatro paredes, sino precisamente los discursos incómodos que generan rupturas y cortocircuitos en el sistema.

En este sentido, cabe destacar que existe una larga tradición en el derecho estadounidense que concibe a la protesta como una modalidad de la libertad discursiva (*freedom of speech*)⁵⁸³. Así, se ha dicho que el discurso engloba no sólo las palabras sino también los actos que buscan comunicar. En el caso de la protesta, lo que se comunica es la oposición a una determinada ley o política pública, o incluso la oposición a una estructura social que se considera injusta. Este aspecto polémico, de oposición a lo socialmente establecido, es lo que en este trabajo hemos llamado *disenso*. La protesta, entendida como manifestación pública del disenso, tiene, pues, una conexión innegable con la libertad discursiva. Esto se da con mayor razón entre nosotros, pues en la tradición jurídica continental se habla, en términos más amplios, de libertad de expresión, concepto que engloba sin ambigüedades el ámbito de la acción política. De esta misma manera se entiende el tema en la doctrina latinoamericana⁵⁸⁴.

En Chile, la libertad de expresión está contenida en el artículo 19° N° 12 de la Constitución. Allí se garantiza la “libertad de emitir opinión y la de informar,

⁵⁸³ Véase el Capítulo II.

⁵⁸⁴ Federación Internacional de los Derechos Humanos. *La protesta social pacífica: ¿un derecho en las Américas?*, Informe N° 460/3, Octubre, 2006, pp. 5, 7-11. Cabe señalar que la libertad de expresión está consagrada, entre otros instrumentos internacionales, en el artículo 4° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en los artículos 19 y 20 del Pacto San José de Costa Rica (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades”. Lo relevante es que la opinión pueda ser expresada, sin que importe la forma o el medio a través del cual ella se exprese. Esta redacción amplia apunta a lo que hemos venido sosteniendo: que la emisión de la opinión abarca también aquellos actos que tengan un contenido comunicativo, como la protesta. El único límite viene dado por las llamadas “responsabilidades ulteriores”⁵⁸⁵.

Pero la conexión de la protesta con la libertad de expresión es aún más fuerte, ya que ella se relaciona con la *razón* que subyace a este derecho fundamental. La libertad de expresión no se reduce a habilitar al individuo para expresar su propia individualidad o sus particularidades, sino que busca permitir la expresión pública –y, sobre todo, crítica- del individuo en cuanto *ciudadano*. En otras palabras, se trata de una libertad que apunta a la permisión del disenso, lo cual la emparenta directamente con la protesta. Al mismo tiempo, podemos observar su estrecha conexión con el régimen democrático. Esta conexión ha sido destacada en numerosas ocasiones por la Corte

⁵⁸⁵ Para un repaso general de dichas responsabilidades, véase: AYALA CORAO, Carlos. “El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 6, N° 1, 2000. El tema de los límites aceptados de la protesta será analizado en la sección C) de este capítulo. Por ahora lo relevante es notar cómo protesta y libertad de expresión están fuertemente ligados, por lo que sería ridículo ignorar la posibilidad de adscribir a este derecho la libertad de protestar.

Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸⁶. Así, por ejemplo, en la Opinión Consultiva N° OC/5-85 (13 de noviembre de 1985):

"70. La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre"⁵⁸⁷.

Democracia y libertad de expresión tienen, pues, una relación de interdependencia: la democracia no puede subsistir sin libertad de expresión y sólo puede haber verdadera libertad de expresión en el contexto de una democracia. Y la protesta, si bien puede desarrollarse en un contexto no democrático, como lo demuestra nuestra experiencia histórica, sólo adquiere su verdadera fuerza en el marco de una democracia. En un contexto autoritario es

⁵⁸⁶ Vale decir, además, que esta vinculación está consignada explícitamente en el Principio N° 1 de la *Declaración de principios sobre libertad de expresión*, aprobada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 108° período ordinario de sesiones en línea. Por otro lado, el Principio N° 6 reafirma la idea de que las opiniones se pueden expresar "por cualquier medio y forma". Véase: <http://www.cidh.oas.org/basicos/basicos13.htm> (página visitada el 18/12/2013).

⁵⁸⁷ Citado en: AYALA CORAO, Carlos. Op. Cit., p. 36.

mucho menos lo que se puede lograr con una protesta⁵⁸⁸. Se podría decir que, en esos casos, la protesta constituye un puente hacia manifestaciones ya no pacíficas sino violentas del disenso que pudieran ser más efectivas, como el derecho de resistencia. En cambio, en una democracia la protesta puede constituirse en una forma de instalar en el discurso público los problemas y demandas de un determinado grupo social, como efectivamente ha ocurrido en Chile con el movimiento estudiantil desde 2011 en adelante.

1.2. Participación política

A pesar de su relevancia, el derecho a la participación política –el derecho a “tomar parte” en la política del país- no cuenta ni con la fama ni con el sustento dogmático que resguarda a la libertad de expresión. En nuestro ordenamiento constitucional, por ejemplo, este derecho no aparece regulado en el artículo 19 (CPR). Esto, como ya vimos en la sección anterior, no es un indicador de su inexistencia, pero sí da cuenta de un vacío importante, desde el punto de vista del derecho positivo: la ausencia de garantías constitucionales concretas de este derecho fundamental. Sin embargo, nadie podría negar su relevancia política –relevancia demostrada, entre otras cosas, por el hecho de que la única (aunque timorata) referencia a este derecho se encuentra en el

⁵⁸⁸ En el caso chileno, la desestabilización del régimen militar fue provocada, entre otros factores, por un movimiento social bastante amplio y continuado en el tiempo, que utilizó diversas estrategias de resistencia, entre las cuales se incluía la protesta social pacífica. Sin embargo, la protesta fue sólo *una* de estas estrategias. Y, si bien es cierto que toda protesta exitosa tiene tras de sí un movimiento social, es obvio que las condiciones para que dichos movimientos se desarrollen son mucho más propicias en una democracia.

mismísimo artículo 1° de nuestra Constitución, dentro del capítulo “Bases de la Institucionalidad”. En vista de esta omisión, en este acápite revisaremos algunos textos legales que refuerzan la necesidad de considerar el derecho a la participación política como un derecho humano fundamental. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 señala:

"Artículo 21.1: Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos".

En tanto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere al derecho a la participación en su artículo 23.1, bajo el título “Derechos políticos”, consignando:

"1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

Similar redacción encontramos en el Pacto San José de Costa Rica sobre derechos civiles y políticos, que en su artículo 25 expresa:

"Todos los ciudadanos gozarán (...) de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;
- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país".

Más allá de lo dispuesto por estas declaraciones, existe un argumento normativo que nos permite aseverar la relevancia de este derecho, y consiste en su conexión con el problema de la legitimidad política. Como ha sostenido recientemente Fabienne Peter, los derechos humanos son *uno* de los estándares básicos de la legitimidad política actual⁵⁸⁹. Se trata, por cierto, de un estándar que no se circunscribe al plano estatal sino que abarca también el plano internacional. Es decir, tanto el orden internacional como los diversos ordenamientos jurídicos estatales se (des)legitiman mediante el (in)cumplimiento de estos principios comunes que denominamos derechos

⁵⁸⁹ PETER, Fabienne. "The human right to political participation", *Journal of Ethics and Social Philosophy*, Vol. 7, N° 1, 2013.

humanos. Ahora bien, para que exista legitimidad política no basta con que se apliquen y satisfagan los derechos humanos; también es necesario que el estándar mismo (los derechos humanos) sea justificado de una manera correcta, es decir, a través de un proceso político inclusivo. Y es que en una sociedad compleja como la sociedad actual, atravesada por desacuerdos fundamentales sobre cuestiones políticas, morales y religiosas, no basta con sostener que el sistema se legitima en base a los derechos humanos, sino que la deliberación pública debe incluir necesariamente la discusión acerca de qué y cuáles son esos derechos. De lo contrario, los derechos humanos corren el peligro de convertirse en una razón ajena a la deliberación de los ciudadanos, y extraña, por tanto, a los criterios modernos de razonamiento público. No se trata solamente de la ya mencionada tensión entre derechos y democracia, sino del peligro de vaciamiento de significado público de nuestras instituciones políticas fundamentales. En vista de ello es que la participación política se erige como un criterio necesario, aunque insuficiente, de este proceso de legitimación⁵⁹⁰.

Si esto es válido para todo ordenamiento estatal que se ampare en el proyecto político que subyace a la Declaración de 1948, lo es con mayor razón para aquellos países que se comprenden a sí mismos como democracias. En el capítulo IV argumentamos a favor de una comprensión participativa y deliberativa de la democracia. Asimismo, intentamos dar un piso teórico a la idea de que la protesta, en cuanto manifestación pública y esencialmente no

⁵⁹⁰ *Ibíd.*

violenta del disenso, puede entenderse como una forma válida de participación política. La protesta social, dijimos, es una actividad en la cual los ciudadanos participan directamente, exponiendo sus desacuerdos y problemas (y también sus propuestas) en el ámbito público. La protesta define el espacio de *lo político* –en los términos utilizados por Rancière- ya que a través de ella se enfrentan el orden establecido por el gobierno (o la policía) y la demanda igualitaria (emancipadora) de la democracia. Asimismo, mediante los movimientos de protesta la sociedad civil puede retomar su rol de conducción del proceso político. La protesta se erige así como un punto intermedio entre la “normalidad” institucional y las demandas a menudo rupturistas de la sociedad civil.

Si esto es así, entonces el derecho a la participación política no puede ser escindido del derecho a la protesta, ya que incluso en una democracia que incluyera elementos participativos, serían necesarios momentos de ruptura, en los cuales se cuestionara la legitimidad de las políticas gubernamentales o el cumplimiento de los principios políticos compartidos por los ciudadanos.

Teniendo esto en cuenta, pasemos al análisis del texto constitucional. Si bien la participación política no está consignada en el Capítulo III (“De los derechos y deberes constitucionales”) sí se encuentra explícitamente señalada en el artículo 1° de la Constitución⁵⁹¹. Como expusimos en la sección anterior,

⁵⁹¹ Cabe señalar que este derecho sí estaba consagrado explícitamente en la Constitución de 1925, agregado a la lista de derechos fundamentales del artículo 10° por la reforma constitucional del 09 de enero de 1971 (Ley 17.398). Así, el artículo 10°, N° 17 rezaba: “[La constitución asegura a todos los habitantes de la república: 17° El derecho a participar activamente en la vida social, cultural, cívica, política y económica, con el objeto de lograr el pleno desarrollo de la persona humana y su incorporación efectiva a la comunidad nacional. El

las normas iusfundamentales no son sólo las descritas textualmente como tales, sino que es preciso realizar un proceso hermenéutico complejo, reconociendo que existen diversos niveles de concreción de dichas normas⁵⁹². Es más, a partir de las normas directamente estatuidas, es posible identificar otras normas, adscriptas a las primeras, que –si bien no se encuentran redactadas en el texto constitucional- permiten precisar o concretizar las disposiciones constitucionales, siempre y cuando dicha precisión se realice mediante una “fundamentación iusfundamental correcta” del texto constitucional⁵⁹³.

Teniendo esto en consideración, se puede interpretar que existe un derecho fundamental a la participación política consagrado en el artículo 1º, inciso final de la Constitución:

"Artículo 1º (...)

Estado deberá remover los obstáculos que limiten, en el hecho, la libertad e igualdad de las personas y de los grupos, y garantizará y promoverá su acceso a todos los niveles de la educación y la cultura y a los servicios necesarios para conseguir esos objetivos, a través de los sistemas e instituciones que señale la ley”. Como se podrá apreciar, este derecho no sólo se encontraba ubicado en el artículo de las garantías constitucionales, sino que además tenía una redacción mucho más exhaustiva y clara. Esta reforma tuvo como antecedente un proyecto de ley del gobierno de Frei Montalva, en cuyo prolegómeno se hacía hincapié en la idea de que la soberanía “pertenece” al pueblo, tomando como referencia el artículo 3º, inciso 2º de la Constitución de la República Italiana: “Corresponde a la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando el derecho a la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”. Si bien la reforma de la Unidad Popular es prácticamente idéntica a la propuesta del gobierno demócratacristiano, adquirió una mayor relevancia al enmarcarse dentro de un proyecto político orientado al fortalecimiento del “poder popular”, poder social alternativo al poder formal de las instituciones estatales. Todo esto se encuentra referido con detalle en: SOTO BARRIENTOS, Francisco. “El derecho de participación en el sistema constitucional chileno”, *Revista catalana de dret públic*, N° 37, 2008, pp. 466-469. Asimismo, véase: SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. “Derechos humanos en la constitución de 1925”, *Ius et Praxis*, Vol. 9, N° 1, 2003, pp. 249-250.

⁵⁹² Véase supra: Capítulo V, Sección A), parágrafo 3.

⁵⁹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 71.

Es deber del Estado (...) asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

Como se desprende de lo estipulado, este artículo no sólo pretende asegurar el derecho de todas las personas a participar en la vida nacional, sino que además resguarda la igualdad de oportunidades para ejercer dicho derecho. Por otra parte, es ineludible conectar dicha norma con lo estipulado por el artículo 4° de la Constitución, que establece que Chile es una república democrática, sin asignarle mayores apellidos, y –lo que es más importante- sin confinar la definición de la democracia a la mera representación. Como señala Lautaro Ríos, “en una república democrática –como se define Chile- la participación ciudadana está en su esencia; de manera tal que, sin ella, la democracia pasa a ser una palabra vacía de contenido”⁵⁹⁴.

La existencia de un derecho a la participación política y social en el artículo 1° (CPR) ha sido reconocida por numerosos autores⁵⁹⁵. Asimismo, la jurisprudencia ha enfatizado la relevancia de dicho precepto constitucional⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ RÍOS, Lautaro. “La participación del pueblo chileno en la vida nacional: Un sueño sin despertar”, *Revista de Derecho Público*, N° 76, 2012, p. 105.

⁵⁹⁵ A la opinión del citado Lautaro Ríos, habría que agregar: BULNES, Luz y VERDUGO, Mario. “Participación ciudadana y plebiscitos comunales”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 70, 2008, pp. 89-103, específicamente pp. 93-94; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. *Tratado de derecho constitucional: Tomo IV*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 76-78; y más recientemente, con una perspectiva crítica, SOTO BARRIENTOS, Francisco. Op. Cit.

⁵⁹⁶ Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional subsume a esta norma la regulación del plebiscito y las elecciones generales: “Que, siguiendo en este mismo orden de materias, cabe señalar, ahora, que el artículo 1° de la Carta Fundamental constituye uno de los preceptos más fundamentales en que se basa la institucionalidad, ya que por su profundo y rico contenido doctrinario refleja la filosofía que inspira nuestra Constitución y orienta al intérprete en su misión

Por otra parte, en los últimos años se ha ido imponiendo una noción más robusta de la participación ciudadana, lo que se refleja en la Ley 20.500 (“Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública”), que facilita el surgimiento de organizaciones sociales y se enmarca dentro de una visión mucho más “participativa” de la creación del poder estatal. Así, el mensaje de dicha ley interpreta el principio participativo del artículo 1° (CPR) de la siguiente manera:

"La participación ciudadana, como eje central de un régimen democrático moderno, concibe la relación entre el Estado y el individuo como una cooperación entre ambos y no como una relación vertical o de sumisión de los sujetos a la autoridad. Una relación de cooperación Estado-individuo, piedra angular del principio participativo, trae como consecuencia una activa intervención de la sociedad civil en la elaboración de la voluntad estatal, esto es, un involucramiento superior de la ciudadanía en el diseño o elaboración de las decisiones públicas, superando el carácter recepticio, pasivo o de meros sujetos, que existe

de declarar y explicar el verdadero sentido y alcance del resto de la preceptiva constitucional. El inciso final de este artículo señala como uno de los deberes fundamentales del Estado, "asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional". Esta norma es de vastas proyecciones, pero sin duda adquiere especial relevancia en los procesos electorales y plebiscitarios, ya que, a través de ellos, el pueblo ejerce la soberanía nacional manifestando su parecer sobre las personas que estarán a cargo de llevar adelante las funciones básicas del Estado en procura de obtener su finalidad primordial: "contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece". Ver: Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 53, 05 de abril de 1988.

en un régimen de sujeción vertical de los individuos frente a la autoridad y carente de una ciudadanía organizada, activa y responsable⁵⁹⁷.

Esto es congruente con lo que hemos defendido en el presente trabajo: la democracia se caracteriza por la participación. Si se acepta, pues, la idea esbozada más arriba de que la participación ciudadana no puede entenderse sin la protesta –momento crítico para toda forma de asociación civil- entonces se debe concluir que la protesta se encuentra también protegida indirectamente por nuestro ordenamiento constitucional.

1.3. Derecho de reunión: el derecho ignorado

1.3.1. Introducción

Ya hemos referido en este trabajo la estrecha conexión entre el derecho de reunión y la protesta⁵⁹⁸. Sin embargo, se trata de un derecho poco desarrollado en nuestro país⁵⁹⁹, además de contar con garantías particularmente débiles.

⁵⁹⁷ Mensaje N° 48-351, en: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, “Historia de la Ley 20.500: Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública”, 2011, p. 6. Disponible en: www.leychile.cl [sitio visitado el 10/01/2014]

⁵⁹⁸ Véase: supra, capítulo III, sección A), parágrafo 2)

⁵⁹⁹ Si bien el derecho de reunión es recogido prácticamente por todos los manuales que se han publicado en nuestro país sobre derecho constitucional y derechos fundamentales, no existe un estudio detallado y profundo sobre éste. Las opiniones de los tratadistas no difieren en lo sustantivo, no se ha elaborado una crítica consistente de la regulación de este derecho (vía decreto supremo), no se ha hecho un análisis a la luz del derecho comparado, ni se ha elaborado en detalle un estudio de jurisprudencia sobre el mismo. Por ende, el desarrollo dogmático del derecho de reunión es bastante pobre. A continuación, señalo las pocas entradas sobre este derecho que hemos podido recabar en esta investigación: EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos constitucionales*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp.

Cuando decimos que se trata de un derecho ignorado no nos referimos a un descuido producido por la indiferencia, sino a un descuido intencionado de cierto sector de la doctrina chilena, que se refleja no sólo en la pobreza de los análisis, sino también en una profunda desconfianza en la posibilidad de que los ciudadanos puedan ejercer este derecho libremente. Como se verá en las páginas siguientes, al mismo tiempo que se alaba este derecho por su carácter democrático, se busca restringir al máximo las posibilidades de su ejercicio.

335-344; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional*, Volumen 13°, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997-2008, pp. 9-24; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. "El derecho de reunión en la Constitución de 1980", en: Asociación chilena de Derecho Constitucional, *Temas actuales de Derecho Constitucional: libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 305-317. Además, el tema se trata en las siguientes tesis: ARAYA, Rodrigo (et al). *La jurisprudencia del recurso de protección*, profesores guía Paulino Varas y Salvador Mohor, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1998, pp. 53-57; MÉNDEZ, Claudio. *Derechos de reunión y asociación en la Constitución de 1980*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 1981.

A pesar de lo dicho en el párrafo anterior, cabe señalar que, en los últimos años, se ha ido desarrollando un trabajo crítico (aún, eso sí, de carácter embrionario) respecto de este derecho constitucional. Al respecto, véase: COX, Francisco. "Criminalización de la protesta social: No tiene derecho a reunirse donde le plazca", en: BERTONI, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo-CELE, 2010.

Moviéndose en esa zona gris que se ubica entre el mundo académico y el activismo político, los trabajos más agudos sobre este tema son producto de la acción de grupos de defensoría de derechos humanos. En ese marco, quisiera destacar el trabajo del programa *Asesoría Ciudadana*, del Instituto Igualdad, que el año 2011 presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el caso de la vulneración del derecho de reunión por parte de la autoridad en el contexto de las movilizaciones de dicho año. Véase: MARELIC, Branislav. "Derechos humanos y manifestaciones públicas en Chile durante 2011: la audiencia pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", Anuario de Derechos Humanos, N° 8, 2012, pp. 173-182, disponible en: <http://www.anuariocdh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/20574/21744>.

Por otro lado, este enfoque del problema también se refleja en los siguientes informes: APIOLAZA, Claudio y LOVERA, Domingo. "Protesta social y derechos humanos", en: CONTESSE, Jorge (editor). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2011*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011, pp. 55-81; FACUSE, Nicolás (et al). "Protesta social y derechos humanos", en: Coddou, Alberto (editor). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2012*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, pp. 219-250.

Parafraseando lo que sostenía el crítico francés Émile Faguet sobre Voltaire, podemos decir que los representantes de la doctrina nacional (todavía) dominante mantienen tres opiniones sobre el derecho de reunión: la primera, que es una cosa excelente; la segunda, que es preciso reducirlo a los límites más estrechos posibles; la tercera, que es preciso negárselo a quien no piense como ellos⁶⁰⁰.

En este sentido, podemos hacer propia la crítica del profesor español José Luis López González, quien señala que en su país existe una “antigua tradición de desconfianza por parte del poder frente al derecho de reunión y manifestación”⁶⁰¹. Esta tradición se grafica en un “tardío reconocimiento constitucional” y en el “carácter marcadamente restrictivo de las disposiciones legales y reglamentarias que lo contemplan”⁶⁰². Respecto del primer punto, en nuestro país la consagración constitucional del derecho de reunión es aún más tardía que en España; mientras en el país hispano este derecho es reconocido el año 1869, en Chile se incorpora recién en 1874, dentro de un paquete de reformas constitucionales. Posteriormente, el derecho es recogido por la Constitución de 1925, en los siguientes términos:

"Artículo 10°. Asimismo, la Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

⁶⁰⁰ La anécdota se encuentra en: MARSHALL, Geoffrey. *Teoría constitucional*, Madrid, Espasa-Calpe, 1982, p. 201.

⁶⁰¹ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, p. 17.

⁶⁰² *Ibíd.*

(...) 4°: El derecho de reunirse sin permiso previo y sin armas. En las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales de policía".

Cabe señalar que dicho texto fue modificado con motivo de las reformas constitucionales de 1971, reemplazándose la frase "disposiciones generales de la policía" por "disposiciones generales que la ley establezca". El cambio no es baladí ya que este fue el único período de nuestra historia en el que se consideró que la regulación de un derecho tan relevante como el derecho de reunión no podía quedar sujeta a los arbitrios de la autoridad de turno.

En la actualidad el derecho de reunión se encuentra establecido en el artículo 19, N° 13, CPR, con el siguiente texto:

"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

(...) 13°. El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas.

Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de la policía".

A simple vista se puede ver un retorno a la redacción previa a 1971, con la excepción de la introducción de la voz "pacíficamente".

Ahora bien, respecto del carácter restrictivo de las disposiciones legales y reglamentarias que lo regulan, revisaremos dichas normas en el próximo

apartado. Por ahora nos enfocaremos en algunos aspectos generales de este derecho que es importante recalcar.

En primer lugar, cabe señalar que el derecho de reunión es, en cierto modo, un *derecho invisible*. Con esto quiero decir que pasa desapercibido –en la gran mayoría de sus manifestaciones- para el común de la gente. Y es que el hecho mismo de reunirse con un grupo de personas es algo consustancial a la vida en sociedad. Es algo que vemos todos los días: en las fiestas, en los espectáculos masivos, en las juntas de vecinos o las reuniones de copropietarios, en las reuniones de los clubes sociales, en los clubes deportivos. Por tratarse de algo tan natural, muchas veces lo damos por sentado o simplemente lo ignoramos, pero es evidente que una sociedad sin el derecho a reunirse pacíficamente, sería una sociedad en decadencia, una sociedad sin –valga la redundancia- el *tejido social* necesario para mantenerse unida.

En la doctrina y la jurisprudencia comparada el derecho de reunión ha sido calificado como

"un derecho autónomo intermedio entre la libertad de expresión y el derecho de asociación, *de titularidad individual y ejercicio colectivo* para la exposición y debate de ideas, la defensa de intereses o publicidad de problemas"⁶⁰³.

⁶⁰³ SOLOZÁBAL, Juan José. "La configuración constitucional del derecho de reunión", Parlamento y Constitución. Anuario, Universidad de Castilla-La Mancha, N° 5, 2001, p. 109. El destacado es mío. El Tribunal Constitucional español ha dicho específicamente: "el derecho de

En efecto, si bien los titulares de este derecho son los individuos que participan de la reunión, este derecho sólo puede ser ejercido colectivamente. A diferencia de la protesta que, como ya hemos visto, se podría ejercer eventualmente de manera individual (aunque dicha acción individual tendría necesariamente un trasfondo colectivo⁶⁰⁴), en el derecho de reunión el ejercicio colectivo del derecho es ineludible, ya que cuando hablamos de reunión, hablamos de una pluralidad de personas.

El carácter colectivo, plural de la reunión, está a su vez emparentado con una de las bases de la democracia: el asociacionismo. Es decir, se trata de un derecho vinculado directamente con la democracia. Asimismo, su relación con el derecho de participación política, analizado en el punto anterior, es evidente. Para García de Enterría “la libertad de reunión, si bien ordenada sobre el criterio de abstención de la acción pública, es ordinariamente una libertad instrumental del principio democrático participativo a la vez que obliga a los servicios de orden a su protección positiva”⁶⁰⁵. Es decir, si bien se configura primariamente

reunión es una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria, siendo concebido por la doctrina científica como un derecho individual en cuanto a sus titulares y colectivo en su ejercicio... constituyendo un cauce del principio democrático participativo...” (Sentencia 85/1988). Citado por: CARBONELL, Miguel. “La libertad de asociación y de reunión en México”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Tomo II, Año 12, Fundación Konrad Adenauer, Montevideo, 2006, p. 826.

⁶⁰⁴ Véase: Supra, Capítulo I, parágrafo 3.3.2.

⁶⁰⁵ En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás. *Curso de derecho administrativo (II)*, Madrid, Civitas, 1989, p. 58. Citado por: LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. Op. Cit., p. 102.

como una libertad negativa, su relevancia para el proceso democrático le merece un cuidado positivo por parte de los órganos del Estado.

En este sentido, la conexión entre este derecho y la democracia ha sido enfatizada por la jurisprudencia constitucional alemana, en términos que coinciden, por lo demás, con lo que ya se ha señalado a propósito de la democracia en los capítulos anteriores. Citaremos, pues, *in extenso* una sentencia sobre este tema que demuestra la lucidez y el elevado desarrollo del razonamiento constitucional en Alemania:

"El significado fundamental de la libertad de reunión se reconoce de manera especial cuando se tiene en cuenta la particularidad del proceso de formación de la voluntad en la comunidad democrática. Sobre el ordenamiento democrático liberal se afirma en la sentencia KPD que éste es necesario y susceptible de mejorar en el actual contexto social y estatal, desarrollado históricamente; de ahí que haya un *trabajo aún no concluido*, que debe ser cumplido a través de una siempre renovada expresión de la voluntad (BVerfGE 5, 85 [1971]).

(...) Los ciudadanos participan en ese proceso en forma diferente. Las grandes asociaciones, los donantes financieramente fuertes, o los medios de comunicación pueden ejercer una considerable influencia, mientras que los ciudadanos se hacen presentes sin ningún poder. En una sociedad en la cual el acceso directo a los medios y las oportunidades para expresarse se limitan a unos pocos, le queda al

particular, además de su participación organizada en partidos y asociaciones, por lo general, sólo la posibilidad de una influencia colectiva a través del ejercicio de la libertad de reunión en las demostraciones.

(...) Principalmente, en las democracias con un sistema parlamentario representativo y pocos derechos de participación plebiscitaria, la libertad de reunión tiene el significado de un elemento funcional, indispensable y fundamental. (...) Las demostraciones de protesta pueden ser especialmente necesarias, cuando los órganos representativos no dan cuenta de los posibles inconvenientes y fallas o no los reconocen adecuadamente, o toman en consideración otros intereses (...)"⁶⁰⁶

Nótese que la redacción de la sentencia parece recoger la tesis habermasiana del carácter inacabado del proyecto democrático (o la idea de la democracia como proyecto), tesis que aquí hemos tomado como punto de partida para el análisis de la protesta y la desobediencia civil. Asimismo, en esta sentencia se ponderan las reuniones y protestas como elementos compensatorios de la falta de medios para influir en el proceso de formación de la voluntad política, tal como nosotros argumentamos en el Capítulo I: la

⁶⁰⁶ Sentencia BVerfGE 69, 315. Transcrita por: SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009, pp. 279-280. Las cursivas son mías.

protesta sería, haciendo una analogía, el lobby del ciudadano común. En Chile, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante, CENC) –que, si bien no tiene peso autoritativo para la interpretación de los preceptos constitucionales, nos sirve para entender el razonamiento de los redactores de la Constitución de 1980 y del sector dominante de la doctrina nacional- debatió ampliamente sobre este vínculo democracia-derecho de reunión. Jaime Guzmán llegó a plantear que este derecho había perdido su antigua relevancia ante la emergencia de los nuevos medios de comunicación⁶⁰⁷. Ante esta opinión, Jorge Ovalle confrontó un argumento parecido al desarrollado por la jurisprudencia alemana. Para él, el derecho de reunión constituiría una suerte de “paliativo o de recurso de aquellos que están desprovistos del derecho o la posibilidad de llegar a los medios de comunicación”⁶⁰⁸.

Salvo la excepción de Guzmán, los tratadistas nacionales coinciden en destacar la relevancia del derecho de reunión para el proceso democrático. Así, Silva Bascuñán sostiene que “al juntarse en asamblea, los ciudadanos hacen uso de su libertad de apreciar y de juzgar y contribuyen así a la formación de la opinión pública”, lo cual resulta “particularmente importante” para una democracia⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ Se trata de un pensamiento análogo al de los apologistas de las actuales “redes sociales” y su pretensión objetivante de transformar las costumbres sociales y políticas a través de la tecnología, entendida a su vez como un poder autónomo o independiente del desarrollo histórico de los pueblos.

⁶⁰⁸ Citado en: EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Op. Cit., pp. 339-340.

⁶⁰⁹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “El derecho de reunión en la Constitución de 1980”, Op. Cit., p. 307. Es preciso señalar, eso sí, que unas páginas más adelante en el mismo texto, el profesor Silva Bascuñán expresa su desconfianza hacia ciertas formas de ejercicio de este

La otra cara del carácter participativo del derecho de reunión es su potencial para la crítica. Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, las manifestaciones públicas –que, como veremos en el párrafo siguiente, constituyen un tipo específico de reuniones- son una “herramienta de petición a la autoridad pública y [sirven] también como canal de denuncias públicas sobre abusos y violaciones de derechos humanos”⁶¹⁰. Esta idea coincide con lo que se ha expuesto aquí sobre la relación entre protesta y democracia.

En conclusión, el derecho de reunión sería un instrumento válido para los dos momentos claves de la democracia moderna: la manifestación del disenso y la participación en la formación de la voluntad política. Así, es posible notar que prácticamente todos los argumentos que hemos desarrollado sobre la protesta se aplican también en el derecho de reunión.

derecho: “una asamblea popular se presta para que se manifiesten en ella (...) no sólo serenas razones (...) sino pasiones malsanas o tendencias destructoras que logran a menudo predominar en el curso de tales encuentros cuando los líderes, con ambición y audacia, las mueven con propósitos egoístas de poder y de dominación o tras metas anárquicas, injustas, demoledoras” (Ibíd., p. 313). Aquí se denota claramente la paradoja indicada más arriba: los autores nacionales suelen alabar el derecho de reunión en abstracto, pero rechazarlo en concreto.

⁶¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005). *Informe anual de la Relatoría para la libertad de expresión 2005*, Capítulo V: Las manifestaciones públicas como ejercicio de la libertad de expresión y la libertad de reunión. Citado por: EGUIGUREN, Francisco. “Las libertades de pensamiento y expresión, de asociación y reunión en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, *Pensamiento constitucional*, Año XVI, N° 16, p. 111.

1.3. 2. Configuración constitucional del derecho de reunión

1.3.2.1 Alcance de la voz “reunión”

En Alemania se ha definido el derecho de reunión en términos estrictos, esto es, como un derecho eminentemente político⁶¹¹. En España, en tanto, se debate si es que las reuniones protegidas por el derecho de reunión son sólo las públicas o si deben incluirse también las privadas y familiares (de no ser así, estas últimas quedarían protegidas por otro derecho: el de la inviolabilidad de la vida privada). Lo cierto es que, si bien a nivel constitucional la doctrina española no ha llegado a acuerdo, la ley que regula el derecho de reunión (Ley Orgánica 9/83 de 15 de Julio) se concentra sólo en (ciertas) reuniones públicas⁶¹².

La Constitución chilena no hace distinciones a este respecto: lo único que se dice en la norma que regula el derecho es que las reuniones que se hagan en “lugares de uso público” se regirán por “las disposiciones generales de la policía”. Esto quiere decir que, desde el punto de vista legal y constitucional, las reuniones acaecidas en lugares privados no son problemáticas. Nos centraremos, pues, en las reuniones en lugares públicos.

⁶¹¹ Véase: HAAS, Evelyn. *El derecho de reunión*, Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2002, pp. 12-15. Aquí la autora debate acerca de si una *Love parade*, por ejemplo, puede incorporarse dentro del ejercicio legítimo del derecho de reunión. Y si bien su respuesta es negativa, la autora se preocupa de señalar que, en ciertas ocasiones, dichas marchas adquieren también visos políticos (como, recordaremos nosotros, la primera *Love Parade* de 1989, que instaba a la caída del Muro de Berlín). Asimismo, no hay duda de que, en el caso chileno, por ejemplo, la marcha gay que se realiza anualmente está cargada por un profundo significado político.

⁶¹² VIDAL, Tomás. “Derecho de reunión y manifestación”, *Parlamento y Constitución*. Anuario, Universidad de Castilla-La Mancha, N° 1, 1997, pp. 276-277.

¿Qué debemos entender por una reunión? ¿Un desfile constituye una reunión? ¿Está confinado este derecho a proteger reuniones estacionarias, sujetas a un lugar específico?

En España se diferencia entre reuniones en lugares públicos y lugares de *tránsito* público. Las reuniones sometidas a regulación legal son sólo las reuniones en lugares de tránsito público⁶¹³. Esto quiere decir que la exigencia de anuncio o comunicación previa y otras restricciones propias de la regulación de este derecho sólo se aplican respecto de estas últimas.

En Alemania, en tanto, lo que se regula son las reuniones al aire libre, por lo que el alcance de las reuniones susceptibles de ser sometidas a regulación es mucho mayor⁶¹⁴.

Finalmente, nuestra Constitución se refiere, en lo que podríamos calificar como una regulación intermedia, a los “lugares de uso público”. Sin embargo, es relevante que conservemos la distinción analítica de la doctrina española, para clarificar bien el concepto. Tendríamos, pues, los lugares de uso público en general, y los lugares de tránsito público en particular. Las reuniones realizadas en estos últimos lugares podrían ser, a su vez, estacionarias o en movimiento. Cuando se trata de reuniones en movimiento se habla en el derecho español de “manifestaciones”, tal como se hace aquí en el habla cotidiana. Sin embargo, cabe aclarar que las manifestaciones son sólo un tipo

⁶¹³ De manera similar en el ordenamiento italiano, con la salvedad de que aquí la diferenciación se hace en la ley, mientras que en España se realiza en el propio texto constitucional. Véase: LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. Op. Cit., pp. 215-216 y pp. 237-239.

⁶¹⁴ *Ibíd.*, p. 219.

específico de reuniones. Así, “las manifestaciones no son más que *reuniones en movimiento* en lugares de tránsito público”⁶¹⁵. Por eso en España se habla de derecho de reunión y manifestación.

En definitiva, el derecho de reunión en Chile, al igual que en el derecho español, comprende claramente las manifestaciones y reuniones estacionarias en lugares de tránsito público. Sin embargo, la regulación chilena de este derecho se extiende, además, a las reuniones estacionarias en lugares públicos en general.

1.3.2.2 Supuesto de hecho y restricciones

Es un requisito esencial para la configuración de este derecho que la reunión sea *pacífica y sin armas* (veremos el tema del permiso previo más adelante). Se trata de una fórmula común en el derecho comparado⁶¹⁶. Hemos de recordar, eso sí, que la Constitución de 1925 tan sólo exigía que la reunión se realizara “sin armas”. El fin de la inclusión de la voz “pacíficamente” fue –si atendemos a lo argumentado por los miembros de la CENC- otorgar nuevos elementos a la autoridad para la restricción de las reuniones cuando se generaran tumultos que pudieran “afectar a la comunidad o a derechos de

⁶¹⁵ VIDAL, Tomás. Op. Cit., p. 275. Las cursivas son mías.

⁶¹⁶ Así, el artículo 15 de la Convención Americana señala: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas”. Lo mismo indica la Ley Fundamental alemana (artículo 8º) y la Constitución española (artículo 21º). En tanto, el Pacto San José de Costa Rica habla simplemente de “reunión pacífica”.

terceros”⁶¹⁷. Sin embargo, el asunto no es tan simple como los miembros de la CENC suponen, ya que la definición de lo que es una reunión pacífica no es – valga la redundancia- nada pacífica en la doctrina. ¿Cuándo una multitud se vuelve “tumultuosa”? ¿El criterio para definir el tumulto debe ser la utilización de violencia directa, las amenazas, o simplemente una actitud desafiante hacia la autoridad? ¿Acaso un grupo humano se convierte en tumulto cuando se gritan consignas contra el poder político? ¿O cuando la gente salta y se alborota? Incluso definiendo lo que es un tumulto, debemos esclarecer cuándo un tumulto afecta a la comunidad o cuándo se afectan los derechos de terceros. En realidad, son muchos los derechos que – incluso a través de su legítimo ejercicio- pueden afectar los derechos de terceros. Todas estas frases generales y vagas deben ser esclarecidas, sobre todo en el marco de un Estado democrático donde –se supone- los órganos públicos están especialmente *sujetos* a la Constitución y las leyes. Por estas razones que complejizan el asunto, las cuestiones de la violencia y el orden público serán desarrolladas con detalle en la próxima sección.

Ahora bien, este elemento limitante de la libertad de reunión se encuentra estipulado en la propia redacción de la norma, por lo que se discute si el carácter pacífico y sin armas de la reunión es parte del supuesto de hecho de la norma o si se trata más bien de una cláusula restrictiva. Alexy sostiene

⁶¹⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “El derecho de reunión en la Constitución de 1980”, Op. Cit., p. 313. Asimismo, el presidente de la CENC, Enrique Ortúzar, argumentó a favor de la relevancia de esta nueva inclusión, debido a que “una reunión podría ser sin armas y no ser pacífica”. Citado en: EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Op. Cit., p. 338.

esto último. Para el autor alemán, la frase “pacíficamente... y sin armas” sería una cláusula restrictiva directamente constitucional. Esto es coherente con una teoría externa de la restricción. La teoría externa de la restricción sostiene que existen dos cosas completamente separables: el derecho en sí y las restricciones al derecho. Lo contrario sería una teoría interna de la restricción, para la cual no se podría efectuar la separación anterior; sólo existiría una cosa: el derecho en cuestión con su contenido específico. No se podría hablar de restricciones, sino sólo de límites, o bien, de configuración del derecho⁶¹⁸.

En todo caso, independientemente de si se trata de una restricción o del supuesto de hecho, el resultado es prácticamente el mismo:

"La cláusula “pacíficamente y sin armas” puede ser considerada como una formulación abreviada de una regla que convierte los derechos *prima facie* que resultan del principio de la libertad de reunión en no-derechos definitivos"⁶¹⁹.

De ello se desprende que una situación de violencia puede conllevar la legítima disolución de una reunión o manifestación.

Sin embargo, es menester que seamos cautelosos frente a esta posibilidad de la autoridad. El mismo Alexy nos recuerda que "detrás del nivel

⁶¹⁸ Véase: ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Op. Cit., pp. 268-269.

⁶¹⁹ *Ibíd.*, p. 278.

de la regla [que prescribe que la reunión sea pacífica y sin armas], conserva su importancia el nivel del principio"⁶²⁰. Así,

"en todos los casos dudosos, para constatar que una reunión no es pacífica, se requiere una interpretación del concepto "no pacífico". Dentro del marco de esta interpretación, es también siempre necesario sopesar el principio iusfundamental de la libertad de reunión, entre otros, con los principios contrapuestos que impulsaron al legislador constitucional a dictar la cláusula restrictiva definitiva directamente constitucional"⁶²¹.

Más allá de si aceptamos o no la teoría externa de la restricción de Alexy, lo cierto es que una concepción compleja de las normas iusfundamentales, tal como la que hemos formulado en este trabajo, no puede tomarse a la ligera la forma en que se deben configurar los derechos fundamentales. En efecto, la configuración o delimitación (restricción, en términos de Alexy) de un derecho fundamental no puede asumir tales limitaciones como simplemente dadas, sino que debe indagar en las razones que las subyacen. Esto es: en la necesidad constitucional de establecer dicha configuración o delimitación específica. Asimismo, se debe considerar cuál es la relevancia de los principios constitucionales en juego, ya que –como dijimos en la sección anterior- los derechos fundamentales no sólo cuentan como posiciones subjetivas frente al Estado, sino que son principios informadores del ordenamiento jurídico que,

⁶²⁰ Ibid.

⁶²¹ Ibid., pp. 278-279.

además, desarrollan un proyecto político con una mirada prospectiva. La actividad del intérprete de la Constitución debería apuntar, pues, a una ponderación de cada uno de los principios enfrentados, situándolos en una interpretación coherente del texto completo de la Constitución.

Esto implica, entre otras cosas, aclarar qué es lo que se entiende por violencia o qué es específicamente lo que quiebra el carácter pacífico de la reunión, como ya sostuvimos más arriba. Además, se debe interpretar la situación considerando su contexto real o práctico. La pretendida “ceguera” del derecho no se traspasa de manera necesaria a sus intérpretes. Muchas veces debemos analizar el conflicto jurídico a la luz de la situación de hecho que lo subyace. Así, por ejemplo, en una situación de efervescencia política, la disolución policial de una marcha podría conllevar mayores problemas que un acto aislado de violencia. Si la violencia del grupo, por el contrario, constituye su *modus operandi* es obvio que la labor de las fuerzas policiales es defender al resto de los ciudadanos que transitan pacíficamente por las calles.

Otro debate que suscita este derecho radica en la posibilidad de *restringir* la posibilidad de los manifestantes de reunirse en el lugar que les plazca. Jaime Guzmán creía que la autoridad se encontraba facultada para prohibir de manera *permanente* las reuniones en ciertos lugares con tal que la prohibición se hiciera aplicando la “igualdad ante la ley”. En las actas de la CENC se señala:

"si el día de mañana se dijera que, en los radios urbanos, no se admitirán concentraciones o reuniones masivas en las plazas y calles, [el señor

Guzmán] piensa que realmente no se estaría vulnerando ningún derecho fundamental, ya que existen otros lugares más alejados de las ciudades en los cuales estas reuniones se pueden verificar”⁶²².

Posteriormente, en la misma sesión, el profesor Guzmán le preguntó al profesor Ovalle si consideraba que era una vulneración del derecho una posible ley que facultara a la autoridad administrativa a prohibir reuniones masivas en un “determinado radio céntrico de las ciudades”. La respuesta de Ovalle fue que ello no constituiría una vulneración⁶²³. Más aún, Evans de la Cuadra consideró que “la esencia del derecho de reunión es que todos los habitantes puedan reunirse, sin permiso previo y sin armas, en los lugares públicos que la ley no declare inadecuados para el ejercicio de este derecho”⁶²⁴.

Esta idea inédita de prohibir las reuniones en ciertos lugares públicos, como “determinado radio céntrico de las ciudades”, tendría, sin embargo, un antecedente lejano en el derecho comparado. En Alemania se ha delimitado por ley una serie de “zonas de seguridad” (*Bannkreis*) donde se prohíben las reuniones y manifestaciones. Estas zonas se han establecido estrictamente en torno a los órganos legislativos, federales y territoriales, y también en torno al Tribunal Constitucional⁶²⁵. Sin embargo, es preciso señalar, primero, que estas

⁶²² Citado en: EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Op. Cit., p. 339.

⁶²³ *Ibíd.*, p. 340.

⁶²⁴ *Ibíd.*, p. 341.

⁶²⁵ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. “Consideraciones de derecho comparado en torno a la libertad de reunión y manifestación”, Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 11-12, 1995, p. 225.

zonas de seguridad han sido establecidas por medio de una ley, y no por la autoridad administrativa, y, segundo, que dicha ley ha acotado al máximo el espacio de la prohibición. Además, esta ley contempla la posibilidad de excepciones⁶²⁶. Ahora bien, cabe destacar que se trata de una singularidad de la ley alemana, ya que la gran mayoría de los países no contempla la posibilidad de restricciones permanentes de esta naturaleza al derecho de reunión.

1.3.2.3 El permiso previo y las disposiciones generales de la policía

La Constitución establece que el derecho es a reunirse *sin permiso previo*. Esto quiere decir que, en principio, no le corresponde a la autoridad determinar quién puede convocar o no a una reunión, ni tampoco definir dónde se puede efectuar dicha reunión. En esto coincide prácticamente toda la doctrina nacional. El mismo Silva Bascuñán –quien, como ya hemos advertido, mira a este derecho con bastante recelo- ha señalado que con la frase “sin permiso previo”,

"el constituyente reitera el principio básico de todo nuestro ordenamiento jurídico democrático, referido a que sus libertades pueden usarse –sin perjuicio de la responsabilidad que provenga de su mal empleo- al

⁶²⁶ JAVATO, Antonio. “Libertad de reunión y derecho penal. Análisis de los artículos 513y 514 del Código Penal”, Indret: Revista para el análisis del derecho, N° 3, 2011, p. 7.

margen de todo impedimento que importe coacción o presión que perturbe el movimiento espontáneo que cada cual determine”⁶²⁷.

Así, la exigencia de autorización para reunirse sería incompatible no sólo con el precepto constitucional en comento sino también con un principio básico de nuestra democracia. A pesar de ello, no es extraño que en el discurso público nacional, en los medios de comunicación e incluso en el discurso de nuestros juristas, se hable de este derecho como necesitado de permiso por parte de la autoridad administrativa, lo que se refleja en la distinción entre “marchas autorizadas” y “marchas no autorizadas”. Por cierto, en la mayor parte de los países esta libertad se encuentra restringida en alguna de sus manifestaciones, lo que implica la necesidad de que la actividad de los convocantes de las reuniones se vea mediada en algún momento por la actuación de la autoridad. Sin embargo, esto implica también la posibilidad real (y no sólo teórica) de recurrir a los tribunales de justicia cuando la voluntad de los convocantes se vea alterada.

En el derecho español, López González ha afirmado que “derecho de reunión y autorización previa para su ejercicio son conceptos contradictorios e incompatibles”⁶²⁸. En tanto, para Solozábal la no exigencia de autorización es

⁶²⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “El derecho de reunión en la Constitución de 1980”, Op. Cit., pp. 309-310.

⁶²⁸ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. “Consideraciones de derecho comparado en torno a la libertad de reunión y manifestación”, Op. Cit., p. 238.

un “rasgo delimitador de la reunión constitucionalmente protegida, o una nota que integra el contenido esencial del derecho”⁶²⁹.

Si un régimen regulatorio de autorización previa está constitucionalmente descartado, sólo hay dos posibles regímenes compatibles con el ejercicio de este derecho: el régimen de declaración o aviso previo, y el régimen represivo, es decir, aquel que no requiere de autorización ni aviso previo (aquí el Estado podría actuar sólo a posteriori, cuando la marcha o reunión se tornara violenta o quebrantara el orden público).

La mayoría de los países tienen un régimen de aviso previo. Una notable excepción es Portugal, que en la Constitución de 1976 establece un régimen represivo o a posteriori⁶³⁰. Sin embargo, este régimen –que es el más liberal de todos- también se encuentra sujeto a críticas de orden práctico. Así, por ejemplo, se ha dicho que en un régimen de este tipo la autoridad se ve sumamente dificultada para adoptar medidas en caso de desórdenes públicos o incluso para proteger correctamente a los manifestantes en el ejercicio de este derecho⁶³¹. Por esto la mayoría de los países opta por un régimen de aviso previo, con ciertas atribuciones para que la autoridad incida.

A nivel interamericano, la CIDH ha establecido que la exigencia de aviso previo no vulnera el derecho de reunión, pero ha enfatizado al mismo tiempo

⁶²⁹ SOLOZÁBAL, Juan José. Op. Cit., p. 116.

⁶³⁰ “Artículo 45°. 1. Los ciudadanos tienen derecho a reunirse, pacíficamente y sin armas, incluso en lugares abiertos al público, sin necesidad de ninguna autorización.

2. Se reconoce a todos los ciudadanos el derecho de manifestación”.

⁶³¹ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. “Consideraciones de derecho comparado en torno a la libertad de reunión y manifestación”, Op. Cit., pp. 233-234.

que este requisito no puede convertirse en ningún momento “en la exigencia de un permiso otorgado por un agente de facultades ilimitadamente discrecionales”, por lo que las limitaciones deben basarse en amenazas “serias e inminentes”⁶³².

Incluso, en Alemania se ha sostenido que "la obligación de anunciar reuniones no tiene aplicación a reuniones urgentes o espontáneas, porque el hecho de que no hay distancia temporal entre la manifestación y su motivo es precisamente lo que es característico de una reunión espontánea"⁶³³.

Como lo explica el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en la misma sentencia que antes citamos latamente:

"Esa valoración de las manifestaciones espontáneas se debe a que las disposiciones legales del ordenamiento que regulan las reuniones se deben aplicar *a la luz del derecho fundamental* y, en caso dado, deben subordinarse a éste. El derecho fundamental y no la Ley sobre Reuniones garantiza la admisibilidad de las reuniones y manifestaciones; la Ley sobre Reuniones prevé sencillamente las limitaciones, en la medida que éstas sean necesarias. De ahí que sea compatible el que

⁶³² CIDH. Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2005), *Informe anual de la Relatoría para la Libertad de Expresión 2005*, p. 151, citado en: EGUIGUREN, Francisco. "Las libertades de pensamiento y expresión, de asociación y reunión en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana", *Pensamiento Constitucional*, Vol. 16, N° 16, 2012, pp. 111-112.

⁶³³ HAAS, Evelyn, *Op. Cit.*, p. 22.

una violación del deber de notificar no conduzca de manera automática a la prohibición o disolución de la reunión”⁶³⁴.

La idea de que se deben interpretar las disposiciones legales a la luz del derecho fundamental no sólo es relevante para dilucidar la inconstitucionalidad del requisito de autorización previa, sino que también es clave para una correcta apreciación de la ponderación que debe hacerse entre este derecho y las normas de orden público.

Así, en un régimen de esta naturaleza, la autoridad requerirá un anuncio previo a la marcha organizada, pero ella no tendrá atribuciones para interferir con su realización (y no tendrá facultades para intervenir en una marcha espontánea, a menos que ella se desarrolle de manera no pacífica). El organizador tendrá entonces el deber legal de determinar la forma, lugar y fecha de la marcha o reunión, e informar de la marcha en un plazo razonable (este plazo varía según la regulación interna de cada país). Sin embargo, la autoridad no está facultada para impedir la libertad para reunirse, y debe aceptar “las decisiones acerca de la reunión que han sido tomadas por los organizadores”⁶³⁵. Es decir, las reuniones “deben anunciarse, pero no deben autorizarse”⁶³⁶ (sin perjuicio de que la autoridad puede imponer ciertas condiciones a la reunión, que a su vez no pueden transformar su esencia).

⁶³⁴ Sentencia BVerfGE 69, 315. Op. Cit., p. 283. Las cursivas son mías.

⁶³⁵ HASS, Evelyn. Op. Cit., p. 23.

⁶³⁶ *Íbid.*, p. 28.

Ahora bien, la experiencia práctica nos indica que este no es el caso en Chile. ¿Por qué? A nuestro juicio, la inversión del régimen regulatorio de este derecho está directamente relacionada con una *técnica de regulación impropia*, como es la supeditación de un derecho fundamental tan relevante como el derecho de reunión a los dictámenes de la autoridad administrativa de turno. Así, a diferencia de la mayoría de los países en el derecho comparado, no existe una regulación legal del derecho, sino que se rige por las “disposiciones generales de la policía”, es decir, por decreto (específicamente por el Decreto Supremo N° 1.086). Dicho decreto a su vez le confiere amplias atribuciones a la autoridad administrativa. Este hecho es problemático porque mediante dichas atribuciones la autoridad puede levantar barreras excesivas al ejercicio del derecho, entorpeciendo su aplicación práctica. Lo peor es que al no existir una regulación legal, no existen criterios jurídicos preestablecidos que puedan servir de parámetro para la actuación de la autoridad.

Salta a la vista que se trata de una situación anómala, ya que se rompe una idea general que se aplica en la mayoría de los derechos consagrados en la Constitución⁶³⁷, vale decir, que los derechos sólo pueden ser regulados por disposiciones de rango legal, y de preferencia de quórum especial⁶³⁸. Por

⁶³⁷ La única excepción a este principio general, aparte del derecho en comento, es la libertad de conciencia (artículo 19, N° 6), pero sólo en lo relativo a las “condiciones de seguridad e higiene” para la edificación y conservación de templos religiosos y sus dependencias, donde la Constitución se remite a “las leyes y ordenanzas”.

⁶³⁸ Como bien ha indicado Hugo Tórtora, en este punto Chile se encuentra en incumplimiento de los instrumentos internacionales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que las restricciones a los derechos reconocidos por la Convención Americana deben provenir “de los órganos legislativos constitucionalmente previstos”. Véase: TÓRTORA, Hugo.

ejemplo, en España este derecho está regulado no sólo por una ley, sino por una Ley Orgánica⁶³⁹.

Si bien es cierto que esta ha sido la manera en que históricamente se ha regulado este derecho en Chile –con la excepción del período 1971-1973⁶⁴⁰–, el punto no es baladí, como bien lo consigna el hecho de que los miembros de la CENC, a pesar de sus reservas con este derecho, decidieron mayoritariamente mantener la referencia a la ley (y no a las “disposiciones generales de la policía”). Esto fue, empero, modificado posteriormente por el Consejo de Estado, que –tomando como fundamento una observación de Jorge Alessandri– fijó la redacción actual de la norma⁶⁴¹. Como ha señalado Evans de la Cuadra:

"La regulación que pueda hacer la autoridad política, sea que la realice mediante un texto permanente, como el Decreto 1.086, de 16 de septiembre de 1983, sea que resulte de disposiciones ocasionales (...) presenta el riesgo de toda actuación más o menos discrecional, ocasional, casuista, que no lleve siempre consigo el necesario elemento de imparcialidad y pueda por ello ser fuente de controversias (...). Por otra parte, la regulación legislativa supone la existencia de un estatuto

“Las limitaciones a los derechos fundamentales”, *Estudios constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010, p. 183.

⁶³⁹ Véase: ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional. Volumen I*, Madrid, Editorial Tecnos, 1996, pp. 382-385.

⁶⁴⁰ Cabe mencionar, eso sí, que incluso en dicho período no se alcanzó a promulgar –debido al golpe militar de 1973– la correspondiente ley reguladora que hubiera podido establecer criterios más democráticos para la intervención administrativa.

⁶⁴¹ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. “El derecho de reunión en la Constitución de 1980”, *Op. Cit.*, p. 316. Cabe consignar que Silva Bascuñán califica dicha modificación como “lamentable” y como un retroceso respecto de la reforma del año 1971.

conocido por todos, anterior a la reunión, que podría fijar claramente las atribuciones de las potestades públicas y la forma concreta de ejercer, siempre sin permiso previo, el derecho de reunión⁶⁴².

Pero no se trata de una pugna abstracta entre el reglamento y la ley. El problema es más profundo. Nuestra legislación vigente descansa en unos preceptos dictados por un gobierno dictatorial en una época de suspensión legislativa e institucional. Se trata de preceptos que no han pasado por la aprobación o el debate público; ni siquiera han sido discutidos en el Congreso. Esto denota no sólo la deficiencia de esta norma iusfundamental en concreto, sino que evidencia la falla de origen de la Constitución actualmente vigente.

Como es esperable, dado el contexto en el cual fue promulgado, el D. S. N° 1.086 contiene disposiciones que podríamos calificar como abiertamente inconstitucionales. Para demostrar este punto, se analizarán someramente los elementos más llamativos del decreto que regula actualmente el derecho de reunión.

Así, en su artículo 2°, letra a), se establece un régimen de dos días hábiles de anticipación para el aviso de la reunión. La fijación de un plazo como el señalado no es, de por sí, problemática. En Italia, por ejemplo, el plazo es de tres días antes de la fecha prevista. En España, la reunión debe anunciarse entre 10 y 30 días antes de la realización de la marcha, excepto cuando

⁶⁴² EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Op. Cit., pp. 335-336.

concurran ciertas circunstancias extraordinarias previstas por la ley, que permiten avisar tan sólo 24 horas antes⁶⁴³. No nos parece, eso sí, que en esto la legislación española sea un modelo a seguir. Si bien es posible justificar un plazo tan amplio por el hecho de que “garantiza un control jurisdiccional en vía preferente y sumaria con carácter previo a la fecha de celebración fijada”⁶⁴⁴, ello puede agregar innecesarios formalismos al ejercicio de un derecho que debería ser mucho más libre. Sin embargo, cabe señalar que la tendencia en el derecho comparado es establecer plazos más breves que los indicados, como ocurre en el caso de Finlandia, que establece un plazo de sólo 6 horas⁶⁴⁵.

Lo verdaderamente problemático viene a continuación, cuando se establece: “Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública pueden impedir o disolver cualquier manifestación que no haya sido avisada dentro del plazo fijado y con los requisitos de la letra b)”. Los mentados requisitos son: i) que se avise por escrito y que dicho escrito sea firmado por los organizadores de la reunión, ii) que se indique en el escrito el domicilio, profesión y número de cédula de identidad de los convocantes, iii) que se especifique quiénes organizan la reunión, el recorrido o itinerario de la marcha, el lugar de uso de la palabra, el nombre de los oradores y dónde se disolverá.

⁶⁴³ VIDAL, Tomás. Op. Cit., pp. 279-280.

⁶⁴⁴ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. “Consideraciones de derecho comparado en torno a la libertad de reunión y manifestación”, Op. Cit., p. 218.

⁶⁴⁵ Federación Internacional de los Derechos Humanos. *La protesta social pacífica: ¿un derecho en las Américas?*, Op. Cit., p. 12.

Es decir, aquí se impone una condición bastante exigente a los manifestantes. Primero deben guiarse por el plazo establecido, pero no existe – como en España- ningún procedimiento sumario específico y eficaz para resolver su posible discordancia con un eventual rechazo de la autoridad. En segundo lugar, se debe especificar de manera bastante exhaustiva el desarrollo de la reunión, cuando podría bastar perfectamente con la especificación de la organización u organizaciones que la convocan, el itinerario y el horario propuesto. En el fondo, lo que parece dudoso es la existencia de una *razón jurídica* -es decir, constitucionalmente justificada- que sustente estas condiciones. Una razón de dicha naturaleza sería, por ejemplo, la protección de los manifestantes. Pero para ello basta la consignación del recorrido. Por eso pareciera que aquí existe un motivo de carácter político que no encuentra pleno arraigo en la norma constitucional.

Finalmente, lo grave es que –contra el texto explícito de la Constitución- se señala que las fuerzas de orden podrán impedir o disolver la marcha sólo por la no concurrencia de los requisitos enunciados. Esto significa que, independientemente del carácter pacífico de la reunión, basta una omisión formal de dichos requisitos para frustrar la voluntad de los manifestantes. No parece evidente que baste un incumplimiento formal para que se pueda impedir o disolver una marcha, sin realizar una ponderación previa entre los principios constitucionales en juego. Un tratamiento así no se condice con lo expuesto anteriormente a propósito de las marchas espontáneas en el caso alemán, o

incluso con la posibilidad de que –ante circunstancias extraordinarias- el plazo se vea reducido considerablemente, como en el caso español. En esta rigidez del decreto ya se va perfilando la peculiaridad de nuestra legislación.

Sin embargo, el conflicto se agudiza, ya que el artículo 2º, letra c) del decreto en comento señala que el “Intendente o Gobernador, en su caso, pueden no autorizar las reuniones o desfiles en las calles de circulación intensa y en calles en que perturben el tránsito público”. Lo mismo ocurre con la letra d) que aplica el mismo principio respecto de las plazas y parques con “sectores plantados”.

Estas disposiciones claramente modifican y desnaturalizan el derecho en cuestión, ya que eliminan en la práctica el precepto inicial que establecía el derecho a reunirse “sin permiso previo”. En el derecho comparado la autoridad sólo puede llegar a proponer a los organizadores un trazado distinto del recorrido, pero dicha proposición debe ser fundada⁶⁴⁶. Aquí se somete a la voluntad de la autoridad de turno la definición de las áreas libres o restringidas para ejercer el derecho. Por lo demás, las nociones “calles de circulación intensa” o que “perturben el tránsito público”, no sólo son excesivamente vagas, sino que tampoco tienen una razón jurídica detrás que sea lo suficientemente poderosa para modificar este derecho. Es posible que precisamente aquellas calles tengan, tanto para los manifestantes como para el resto de la ciudadanía, un poder simbólico potente y que la prohibición de efectuar la marcha en dichos

⁶⁴⁶ HASS, Evelyn. Op. Cit., p. 23. Cfr. SOLOZÁBAL, Juan José. Op. Cit., pp. 123-125.

lugares contribuya a invisibilizar la marcha, frustrando la razón jurídico-política detrás de la consagración del derecho de reunión.

Cabe mencionar que el artículo 2° en su letra e) le otorga la misma discrecionalidad a las fuerzas de orden, lo que dificulta aún más el ejercicio de este derecho, por cuanto ya no sólo es preciso lidiar con un trámite de permiso previo ante el Intendente o Gobernador, sino que es necesario someterse a las veleidades de la fuerza pública.

Finalmente, el artículo 3° ratifica el régimen de autorización, otorgando a los intendentes y gobernadores la facultad de definir a priori, por medio de una simple resolución, los lugares donde el ejercicio de este derecho será considerado inválido.

Al parecer el redactor del D.S N° 1.086 siguió el mismo tren de razonamiento que Jaime Guzmán, quien consideraba que, mientras no se vulnerara la igualdad ante la ley, la autoridad tenía plenos poderes para restringir el ejercicio de este derecho, incluso de manera permanente, en ciertos lugares públicos, como ocurre con “determinado radio céntrico de las ciudades”.

Esta idea, como ya dijimos, es contraria al texto explícito de la Constitución, y casi no tiene parangón en el derecho comparado. La cuestión de la libertad para elegir *dónde* reunirse no es baladí. En la mayoría de los casos, para los manifestantes no basta con reunirse; ellos generalmente quieren ser vistos y escuchados por el resto del electorado. Para comprender esto a cabalidad, debemos recurrir a otra tradición jurídica, la tradición

estadounidense, donde rige la *doctrina del foro público*⁶⁴⁷. Aquí vale la pena que reiteremos lo ya señalado someramente en el Capítulo III: la primera aproximación a esta doctrina se da en la sentencia del caso *Hague v. Cio*, 307 U.S 496 (1939), donde se cuestiona una ordenanza municipal que prohibía las reuniones públicas sin autorización. Revisemos una vez más las palabras del Juez Roberts, quien sostiene:

"Las calles y parques, desde tiempos inmemoriales, han sido confiados al uso del público y siempre se han utilizado con el propósito de realizar asambleas, comunicar pensamientos entre ciudadanos, y discutir cuestiones públicas. Tal uso de las calles y lugares públicos ha sido, desde antaño, una parte de los privilegios, inmunidades, derechos y libertades de los ciudadanos"⁶⁴⁸.

Esta doctrina fue ampliamente aplicada en los años '60⁶⁴⁹, con el auge de las manifestaciones no violentas y la desobediencia civil. La doctrina se fue refinando con el paso de los años, culminando en la sentencia *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), que diferencia tres niveles de "propiedades públicas" que podrían ser utilizadas

⁶⁴⁷ Ver supra, capítulo III, sección A), parágrafo 2.

⁶⁴⁸ Traducción propia.

⁶⁴⁹ Para un repaso de los orígenes de esta doctrina y los vaivenes del razonamiento judicial en torno a ella, véase el clásico artículo: KALVEN, Harry. "The concept of public fórum: *Cox v. Louisiana*", *The Supreme Court Review*, 1965, pp. 1-32.

como foros expresivos⁶⁵⁰. El primer nivel es el “foro público tradicional”, tal como es descrito en la sentencia de *Hague v. Cio* (calles, veredas, parques). El segundo nivel, en tanto, consiste en el “foro público limitado”, que son aquellos espacios públicos dispuestos por las propias autoridades para su uso expresivo, como por ejemplo, un auditorio universitario o un teatro municipal. Estos dos niveles tienen el mismo tipo de regulación, es decir, el foro público limitado es una suerte de extensión del foro público tradicional. En ambos casos, se deberá comunicar previamente el ejercicio de la marcha o concentración, a lo cual la autoridad puede establecer condiciones de “tiempo, lugar y modo”⁶⁵¹. Por cierto, estas limitaciones no están exentas de polémica. Para muchos, ellas podrían llegar a confundir el fondo de lo que se quiere proteger; sin embargo, nos parecen mucho más claras que las vagas nociones de “orden público”, “seguridad nacional” o “conveniencia de la sociedad” que a menudo se citan en nuestras latitudes. Lo que quiere decir esta limitación es lo mismo que admiten casi todas las regulaciones internacionales de la libertad para reunirse: la necesidad de comunicación previa a la autoridad, y la potestad de ésta para, en casos calificados, impedir una determinada ruta en la marcha, o una hora determinada para la reunión. Por ejemplo, sería ilícito en este caso protestar con cacerolas a las dos de la mañana en una zona residencial, o marchar por la única vía existente para llegar al centro de la ciudad. Lo interesante de esta

⁶⁵⁰ Sentencia disponible en línea: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/460/37/case.html> [visitado el 18/08/2013]

⁶⁵¹ V. GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Op. Cit., p. 84.

doctrina es que, en cualquier caso, existe al menos una pretensión de fundar la limitación en un criterio básicamente neutral⁶⁵².

Finalmente, el tercer nivel es el “foro no público”. Aquí es donde se generan las controversias, ya que podríamos considerar como “foro no público” a toda aquella propiedad pública que no figure dentro de los dos primeros niveles, abriéndose una caja de Pandora para la intervención estatal arbitraria. Aquí sería preciso volver a una analogía que efectuamos cuando hablamos del concepto de derechos fundamentales: existiría un núcleo de certeza – propiedades públicas que son evidentemente ajenas a cualquier propósito expresivo- y un área de penumbra o de incertidumbre. Dentro de los ejemplos clásicos de este tipo de foro, tenemos los establecimientos militares, el interior de las prisiones y los lugares de votación. Discutible, en cambio, es la incorporación a esta lista de los aeropuertos o los establecimientos administrativos de los colegios. En fin, es preciso aclarar que esta idea de un “foro no público” no permite al gobierno excluir de buenas a primeras a los manifestantes de su uso; pero sí se le permite imponer no sólo las mentadas condiciones de tiempo, lugar y modo, sino que además reservar el foro para sus propósitos originales no expresivos, siempre y cuando dicha reserva sea fundamentada jurídicamente.

⁶⁵² *Ibid.* Digo “pretensión” porque este criterio también puede darse para manipulaciones o interpretaciones contrarias a la libertad de los manifestantes, como veremos en las páginas siguientes. Aun así, dichas condiciones son preferibles a la vaga noción de orden público que se maneja en nuestro país.

Don Mitchell, un geógrafo radical estadounidense enfocado en la geografía urbana, sostiene que en el derecho estadounidense la tensión se ha ido moviendo progresivamente desde *lo que se dice* hasta *dónde se dicen las cosas*⁶⁵³. Es decir, mediante una interpretación cada vez más restrictiva de la doctrina del foro público se ha llegado a restringir completamente la protesta en lugares significativos de la ciudad, lo que produce el silenciamiento de ciertos discursos. Un ejemplo claro de esto es lo que ocurre con los aeropuertos. El año 1992 la Corte Suprema negó que ellos constituyeran parte del foro público, ya que se trataba de estructuras de surgimiento reciente, por lo que no podía entenderse que ellas fueran utilizadas como foros desde “tiempos inmemoriales” (*International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672, 680, 1992).

Estos argumentos han sido replicados por la autoridad en varias ocasiones. Así, por ejemplo, el año 2000 unos trabajadores que operaban el sistema de equipaje se fueron a huelga contra la empresa United Concourse. La intención de los trabajadores era, obviamente, protestar en el aeropuerto, generando conciencia entre el resto de los trabajadores de la industria aeronáutica, en el supuesto de que los pilotos, azafatas y otros trabajadores no romperían una línea de huelguistas si la veían en el camino a sus lugares de trabajo. El municipio de Denver, sin embargo, en acuerdo con la empresa

⁶⁵³ MITCHELL, Don. “The liberalization of free speech: Or, how protest in public space is silenced”, *Stanford Agora*, Vol. 4. Disponible en línea: <http://agora.stanford.edu/agora/volume4/mitchell.shtml> [visitado el 18/08/2013]

cuestionada, decidió regular la protesta de los trabajadores asignándoles una “zona de protesta” a tres millas del aeropuerto, en uno de los estacionamientos menos concurridos. Esto, obviamente, generó una demanda que, finalmente, decantó en que el juez federal Lewis Babcock, basándose a su vez en el razonamiento de la sentencia *International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, fallara a favor del municipio y de la empresa, ya que el aeropuerto era considerado como un “foro no público” y a los protestantes se les habían dado condiciones de “tiempo, lugar y modo”. Asimismo, el juez señaló que el objetivo de protestar en el interior del aeropuerto era generar caos o, en otras palabras, realizar un boicot contra la empresa, cuestiones que él no podía avalar⁶⁵⁴.

Como dice Don Mitchell, la esencia de dicho argumento consiste en señalar que es “bueno y razonable mover a los manifestantes a un lugar donde no puedan ser efectivos, donde su discurso no tenga posibilidad de ser escuchado, si es que con ello se protegen las finanzas y otros intereses de la ciudad. O, poniéndolo de otra manera: la gente puede expresarse y protestar todo lo que quiera, siempre y cuando su expresión y su protesta no tengan ninguna chance de ser efectivos”⁶⁵⁵.

En el mismo texto citado, Don Mitchell analiza el caso de las famosas protestas contra la Organización Mundial de Comercio acaecidas el año 1999 en Seattle. Allí la autoridad estableció también ciertas “zonas de protesta” y zonas donde la protesta estaba prohibida. El efecto obvio fue que el solo

⁶⁵⁴ *Ibid.*

⁶⁵⁵ *Ibid.* (Traducción propia)

protestar en dichas zonas vedadas constituía una razón suficiente para la intervención de la fuerza pública. El resultado es de público conocimiento: varios días de caos, disturbios y brutalidad policial.

Estos casos nos demuestran que ni aún una doctrina bastante razonada como la doctrina del foro público implica una regulación equilibrada del derecho a reunirse y disentir. Sin embargo, hay un punto en que la doctrina estadounidense nos puede servir de modelo: la importancia que se le debe conceder a la *dimensión espacial* de la protesta. Y es que el lugar de la reunión en muchas ocasiones está vinculado con el motivo mismo que tuvieron los manifestantes para realizarla. El hecho de que un lugar no pertenezca a aquellos que “desde tiempos inmemoriales” han servido para expresar el disenso, no significa necesariamente que dicho lugar deba considerarse como “privado”. Incluso ciertos lugares privados pueden constituir lugares clave para el ejercicio de la protesta, sobre todo a la luz de los poderes privados que inundan el actual sistema económico-político⁶⁵⁶. En el caso de los manifestantes del aeropuerto de Denver, por ejemplo, la relación entre el problema laboral y el problema político es evidente. Lo mismo en Seattle, donde el establecimiento de zonas de protesta prohibida tenía la clara intención de que las reuniones de los líderes del comercio mundial se realizaran sin interrupciones.

⁶⁵⁶ Véase: *supra.*, Capítulo I, párrafo 3.3.1

Las interpretaciones jurídicas no existen, pues, en un universo de abstracciones puras, sino que se insertan dentro de una praxis⁶⁵⁷. En este caso, una interpretación restrictiva de la doctrina del foro público puede implicar o bien la ignorancia respecto de las condiciones reales del mundo del trabajo en el contexto económico actual, o bien la defensa del intérprete de dicho estado de cosas.

Volviendo a la situación local, es evidente que la dictadura dejó huellas profundas en la geografía de la libertad de expresión, ya que nuestros discursos operan en el marco de espacios públicos cercenados, ajenos a la ciudadanía. Por mucho que hoy esté de moda hablar de los nuevos espacios virtuales, es preciso aclarar que ellos están lejos de la idea de *lo público* en la que se basa la democracia⁶⁵⁸. Esto es: la idea de lo público como un espacio donde todos nos

⁶⁵⁷ Como indica Robert Post, “los derechos no deben ser entendidos como accesorios privados de las personas o entidades, sino como instrumentos por medio de los cuales el derecho localiza, define y sustenta prácticas sociales deseables”. Esta noción puede ser conectada con nuestra idea de los derechos fundamentales como principios políticos: POST, Robert. “Recuperating First Amendment doctrine”, Op. Cit., p. 1279 (traducción propia).

⁶⁵⁸ Al contrario: dicha idea pareciera replicar ingenuamente lo mismo que señaló Jaime Guzmán con bastante malicia, a saber, que el avance en la tecnología de los medios de comunicación hace irrelevante el derecho de reunión. Es decir, que en la actualidad no existen suficientes motivos para proteger con la fuerza de antaño algunos de los derechos clave que acompañaron a todas las revoluciones democráticas de los últimos tres siglos. En este sentido, me parece correcto lo que apunta Soledad Pardo en un artículo publicado recientemente en internet: “La relevancia de asegurar el derecho de manifestarse públicamente en una época como la nuestra dice relación... con la existencia de las tantas y tan variadas formas de comunicación disponibles, que hacen imposible leer o incluso escucharlas todas, y ni siquiera un mínimo porcentaje. De esta forma, se da una cierta censura por la misma proliferación de la opinión, lo que hace necesario tomar medidas más drásticas para ser escuchado, de modo que restringir la comunicación que existe a través de las reuniones públicas, sería restringir la efectividad de la comunicación y su potencial público. (...) En otros tiempos, el derecho a manifestarse públicamente posibilitaba que el mensaje fuese recibido por la población. Hoy en día... el ejercicio del derecho de reunión permite que ese mensaje sea escuchado”. PARDO, Soledad. “Algunas consideraciones sobre el derecho constitucional de reunión”, *Centro de Estudios Ius*

vemos, donde las cosas aparecen, donde los discursos se enfrentan cara a cara. El espacio donde estamos vivencial y realmente juntos. Tal como sostiene Hannah Arendt:

"La polis, propiamente hablando, no es la ciudad-estado en su situación física; es la organización de la gente tal como surge de actuar y hablar juntos, y su verdadero espacio se extiende entre las personas que viven juntas para este propósito, sin importar dónde estén. (...) Se trata del espacio de aparición en el más amplio sentido de la palabra, es decir, el espacio donde yo aparezco ante otros como otros aparecen ante mí, donde los hombres no existen meramente como otras cosas vivas o inanimadas, sino que hacen su aparición de manera explícita"⁶⁵⁹.

La protesta es relevante porque busca siempre *resignificar el espacio público*. Es decir, busca aprovechar ese espacio público para la ciudadanía. Durante la dictadura, pero también en los gobiernos de la Concertación y en el gobierno de Sebastián Piñera, se ha presentado una suerte de tesis que homologó el espacio público al espacio de la representación oficial, cuando el espacio público, en principio, es donde todos estamos juntos a nivel de sociedad civil.

Novum, Enero, 2013. En: <http://www.iusnovum.com/wordpress/algunas-consideraciones-sobre-el-derecho-constitucional-de-reunion/> [visitado el 03/02/2014]

⁶⁵⁹ Véase: ARENDT, Hannah. *La condición humana*, Paidós, Buenos Aires, 1993, p. 221.

Entonces, tenemos dos posibles interpretaciones del espacio público: o el espacio público es un espacio en permanente construcción, abierto a la ciudadanía y a las voces que disienten, o el espacio público es simplemente el lugar donde se muestra la representación oficial, la publicidad solemne de los representantes electos (y no electos) del pueblo. Esta última es la tesis del *orden público*, que resguarda actualmente el Decreto Supremo N° 1.086.

Dicho decreto, amparado precisamente en la protección del orden público, no se limita a imponer sólo condiciones de “tiempo, lugar y modo” para el ejercicio del derecho, sino que llega a restringir el derecho en su totalidad: no existe una condición convenida entre dos sujetos libres de coacción, sino una norma imperativa, que, podríamos decir, le da al derecho de reunión el siguiente tenor definitivo:

“La Constitución asegura a todas las personas el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas... en lugares que no tengan el carácter de públicos”.

1.3.3. ¿Una posibilidad de solución?

Habiendo visto las enormes restricciones que el D. S. N° 1.086 le impone al derecho de reunión, es preciso que evaluemos alguna fórmula que nos permita salvar a este derecho de su conculcación. Aunque la misma Constitución se remita a leyes de legitimidad dudosa, existen varios principios

bastante recurridos por la doctrina para minimizar el riesgo de intervención arbitraria por parte de la autoridad sobre los derechos constitucionales.

En primer lugar, tenemos la supremacía constitucional. En virtud de este principio, el texto constitucional debe primar siempre sobre las regulaciones legales o infralegales de los derechos. Este argumento tiene a su precursor en el Juez Marshall, de la Corte Suprema de los EE.UU., quien en la famosa sentencia del caso *Marbury v. Madison*, donde se planteaba un conflicto entre una ley ordinaria y la Constitución, planteó la cuestión en términos disyuntivos:

"(...) o la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca (...) La Corte debe determinar cuál de las dos normas en conflicto gobierna el caso. Esto constituye la esencia misma del deber de administrar justicia. Luego, si los tribunales deben tener en cuenta la Constitución y ella es superior a cualquier ley ordinaria, es la Constitución y no la ley la que debe regir el caso⁶⁶⁰.

Esta visión presupone un orden jerárquico o piramidal de las normas, ubicándose la Constitución en la cúspide, como "norma de normas". Así, en

⁶⁶⁰ Citado en: NINO, Carlos. *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000. p. 664.

caso de existir colisión entre un precepto legal y un precepto constitucional, deberá primar este último. Esto se aplica con mayor razón respecto de las normas de dominio infralegal, como ocurre con las dictadas en virtud de la potestad reglamentaria del Presidente de la República. Dichas normas se ubican en un tercer nivel jerárquico respecto de la Constitución y de la ley⁶⁶¹. En el caso del D. S. N° 1.086, se trata de un decreto promulgado en función de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República, ya que este no viene a regular o ejecutar una cuestión propia de dominio legal (como en el caso de la potestad reglamentaria de ejecución) y la habilitación para su reglamentación administrativa proviene directamente del texto constitucional⁶⁶².

En virtud del principio de supremacía constitucional, nuestro ordenamiento radica el control de constitucionalidad de los decretos supremos en el Tribunal Constitucional, pero con un plazo acotado de 30 días desde su publicación. Por otro lado, la misma Constitución establece en su artículo 98° el procedimiento de toma de razón, por medio del cual la Contraloría General de la República está obligada a ejercer un control de legalidad de ciertos actos administrativos, entre los cuales se encuentran los decretos supremos. La misma Contraloría ha establecido en numerosos dictámenes que dicho control

⁶⁶¹ VERDUGO, Mario. "Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución", Estudios constitucionales, Año 1, N° 1, 2003, p. 30.

⁶⁶² SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de Derecho Constitucional, La Constitución de 1980, Antecedentes y génesis, Tomo III*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, pág. 260.

debe entenderse en sentido amplio, incluyendo el control de la constitucionalidad de dichos actos⁶⁶³.

Así, tenemos dos posibles instancias para recurrir en caso que consideremos que un acto administrativo, como el D. S. N° 1.086, vulnera nuestros derechos constitucionales: el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República. En el primer caso, es evidente que no será posible reclamar directamente ante el Tribunal Constitucional toda vez que el tiempo transcurrido desde la publicación del decreto supera ampliamente el plazo para su impugnación. Sin embargo, dicha limitación no se aplica en el caso de la Contraloría para que esta se pronuncie sobre si el decreto cuestionado se ajusta o no a derecho. Esta posibilidad –que se revise o reconsidere una decisión respecto de la toma de razón de un decreto, aún varios años después de su publicación- es consustancial al principio de supremacía constitucional antes reseñado, y fluye directamente de la garantía del artículo 19, número 14°, es decir, del derecho de petición. Así, si bien es cierto que la toma de razón y los dictámenes de la Contraloría deben entenderse como sentencias ejecutoriadas, ello no obsta a que siempre se pueda revisar la posible irregularidad de los actos administrativos, sobre todo cuando medien circunstancias nuevas o se trate de una cuestión tan grave como la vulneración de un derecho constitucional.

⁶⁶³ Véase: Dictámenes N° 59.154, de 2005; 5.232, 39.268 y 47.235, del 2006 y 1.477, 23.142 y 31.906, de 2007.

Pero hasta aquí nos hemos referido tan sólo la procedencia formal de un posible control administrativo o judicial del decreto en cuestión. Lo relevante es determinar qué argumento constitucional nos puede ayudar a fundamentar la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del mismo.

Se podría argumentar que uno de los *fin*es de la Constitución es el establecimiento de los derechos fundamentales. En vista de la radical importancia de estos derechos para el sistema constitucional, la mayoría de las constituciones establecen una serie de cláusulas que restringen al legislador o a la autoridad administrativa en sus atribuciones para regular o intervenir estos derechos. En nuestro ordenamiento dicha cláusula se encuentra en el artículo 19, número 26°:

"La Constitución asegura a todas las personas:

26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

Esta simple idea de no afectación de los derechos en su esencia nos puede llevar fácilmente a una reestructuración de muchos de nuestros debates

respecto de los derechos fundamentales⁶⁶⁴. En efecto, a partir de ella estamos obligados a mejorar la articulación de nuestros argumentos en caso que queramos restringir el ejercicio de un derecho. Para ello se hace realmente necesaria una elaboración doctrinaria y jurisprudencial del derecho en cuestión, con tal de crear un concepto en el cual la sociedad civil se vea mayoritariamente representada.

Ahora bien, es preciso aclarar que hay dos cuestiones distintas que se suelen mezclar con el problema de la elucidación del contenido esencial de los derechos. Por un lado, se habla de contenido o núcleo esencial para referirse a aquello que es esencial por igual a *todos* los derechos fundamentales. Al respecto, José Luis Cea Egaña considera que dicho núcleo esencial consiste en la *dignidad humana*⁶⁶⁵. Por otro lado, el contenido esencial se refiere a aquel núcleo específico de cada derecho, que no puede ser transgredido por la normativa legal o infralegal que regula su ejercicio. Este último sentido es de la cláusula del artículo 19, N° 26.

Pero antes de entrar en la cuestión, debemos resolver un problema teórico de carácter general: ¿qué debemos entender por el “contenido esencial” de los derechos fundamentales? Es conocida la poca esclarecedora definición del Tribunal Constitucional: “un derecho es afectado en su ‘esencia’ cuando se le priva de aquello que le es consustancial, de manera tal que deja de ser

⁶⁶⁴ Se trata, como en tantos otros casos, de una innovación alemana. El contenido esencial está consagrado en el artículo 19 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

⁶⁶⁵ TÓRTORA, Hugo. Op. Cit., p. 184.

reconocible”⁶⁶⁶. La definición esclarece poco ya que tiene un carácter marcadamente tautológico: la RAE define la palabra consustancial como aquello que es “de la misma sustancia, naturaleza indivisible y esencia que otro”. La esencia de algo es aquello “que constituye la naturaleza de las cosas, lo permanente e invariable de ellas”. Y la sustancia es definida como sinónimo de esencia; incluso se dice que es “aquello que permanece en algo que cambia”. Así, definir lo que es “consustancial” a un derecho es tan difícil como definir aquello que le es “esencial”.

Sin embargo, cabe destacar que el Tribunal Constitucional ha ido refinando el concepto a lo largo de los años. Así, se ha dicho que “se impide el libre ejercicio de un derecho en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica”⁶⁶⁷. ¿Cuándo el derecho se hace irrealizable o impracticable? Cuando “sus facultades no pueden ejecutarse”. ¿Y cuándo se entran o se dificulta más allá de lo razonable? Cuando “las limitaciones se convierten en intolerables para su titular”⁶⁶⁸. Estos criterios han sido ratificados en sentencias posteriores⁶⁶⁹.

En estas respuestas se perfila –en palabras de Alexy- una teoría subjetiva del contenido esencial, ya que dicho contenido está referido no a la

⁶⁶⁶ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 43, 1987.

⁶⁶⁷ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 200, 1994.

⁶⁶⁸ Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 280, 1998.

⁶⁶⁹ Véase: Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 513, 2007; y Sentencia Tribunal Constitucional, Rol N° 943, 2008.

relevancia de los derechos fundamentales para la vida social (como es el caso de la teoría objetiva) sino a su condición de ser posiciones del individuo⁶⁷⁰. En efecto, lo relevante no es que se pierda la significación social del derecho en cuestión, sino el hecho de que las facultades propias de la libertad no puedan ejecutarse. Ahora bien, las teorías subjetivas pueden ser absolutas o relativas. Para la teoría relativa, “el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación”⁶⁷¹. En cambio, para la teoría absoluta “existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado”⁶⁷². Es decir, se podría concebir un núcleo esencial del derecho en abstracto, sin efectuar previamente una ponderación con otros derechos. Esta es la tesis que parece recoger nuestro Tribunal Constitucional, al menos en las sentencias citadas.

¿Cómo efectuar dicha delimitación en abstracto? El Tribunal Constitucional español, de manera similar aunque un poco más elaborada que la jurisprudencia nacional, ha establecido dos vías para definir el contenido esencial: 1) determinar aquellas facultades o posibilidades de actuación que lo hacen reconocible como tal, sin las cuales se desnaturalizaría o se convertiría en un derecho distinto; 2) delimitar cuáles son los intereses jurídicos protegidos por el derecho. Aquí el derecho se vería afectado en su esencia si los límites

⁶⁷⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 287.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 288.

⁶⁷² *Ibid.*

impuestos lo tornaran impracticable “al dificultarlo más allá de lo razonable o despojarlo de la necesaria protección”⁶⁷³.

Para Alexy, en cambio, la delimitación del contenido esencial pasa por la aplicación del principio de proporcionalidad. Sería, de hecho, una parte de dicho principio, al sopesar el derecho fundamental en cuestión y el principio que subyace a su regulación⁶⁷⁴. Así, por ejemplo, en este caso tendríamos que sopesar el derecho de reunión y el principio del orden público o la libertad de tránsito. No revisaremos en detalle este mecanismo de ponderación, pero anotaremos a continuación los rasgos fundamentales del principio de proporcionalidad, tal como es explicado por Alexy⁶⁷⁵.

El principio de proporcionalidad estaría compuesto por tres subprincipios: i) idoneidad, ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto. En virtud del primer subprincipio, la regla que regule el derecho debe ser idónea para conseguir la realización del principio que motivó su establecimiento. Que dicha regla sea idónea significa que debe aplicar un criterio de optimización: la regla no debe gravar más al derecho afectado que lo que beneficie al otro principio en juego. Así, una normativa relativa a la protesta que fuera idónea debería servir para la mayor realización de la libertad de tránsito o el orden público sin afectar mayormente el ejercicio del derecho de reunión. Según Alexy, este criterio de

⁶⁷³ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Op. Cit., p. 143.

⁶⁷⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 291.

⁶⁷⁵ La explicación que viene a continuación está sacada de: ALEXY, Robert. “Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales”, *Revista española de derecho constitucional*, N° 66, 2002, pp. 26-32.

optimización debe ser entendido como un óptimo de Pareto (mientras que el derecho de reunión no está peor que antes, el derecho a la libertad de tránsito está mucho mejor).

En tanto, el subprincipio de la necesidad señala que entre dos posibles regulaciones igualmente idóneas para llevar a cabo el principio en colisión con el derecho, deberá elegirse aquella que sea más benigna para el derecho afectado.

Finalmente, el principio de proporcionalidad en sentido estricto expresa la famosa ley de ponderación de Alexy: "Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro"⁶⁷⁶.

En virtud de los dos primeros subprincipios se determinó si el medio de regulación era idóneo y necesario para la restricción del derecho. A continuación Alexy define los tres pasos que deben cumplirse en la ponderación en sentido estricto:

"En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia

⁶⁷⁶ *Ibíd.*, p. 31.

de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro"⁶⁷⁷.

Poniéndolo en términos simples: el principio de proporcionalidad busca asegurar que las normas reguladoras de los derechos fundamentales sean adecuadas para su regulación (que sean útiles para satisfacer el principio que se proponen satisfacer), que sean necesarias (que no existan otras medidas menos gravosas para lograr su propósito) y que sean proporcionadas (que el principio que buscan satisfacer sea tan o más importante que el principio afectado por ellas).

Habiendo repasado estas distintas vías para definir el contenido esencial del derecho de reunión, parece claro que las normas del D. S. N° 1.086 son atentatorias contra el derecho, y por ende inconstitucionales. Así, aplicando el principio de proporcionalidad de Alexy, lo primero que llama la atención es que no queda claro cuáles son los principios que ellas resguardan. El único principio relevante pareciera ser el principio de la libertad de tránsito (por la referencia a las calles de "circulación intensa"). Sin embargo, la libertad de tránsito tiene como fin la 'ausencia de coacción'. Se asume que lo normal desde el punto de vista del individuo es que no sea coaccionado en su libertad de circular por cualquier parte (pública) del país que se le antoje, lo cual generalmente sólo puede ser truncado por acciones estatales. En nuestro país, por ejemplo, este

⁶⁷⁷ *Ibíd.*, p. 32.

derecho se asocia estrictamente con el debido proceso. Sus dos caras son la libre elección de residencia y el derecho a transitar libremente por las calles⁶⁷⁸. Este último aspecto del derecho es el que nos importa en este caso. Aquí, como bien apunta Gargarella, basta que los manifestantes dejen libres vías alternativas de circulación para automovilistas y transeúntes⁶⁷⁹, ya que en este caso no alcanza a vulnerarse la *esencia* del derecho en cuestión: el resto de las personas podrá, a pesar de la marcha, llegar a su destino por otras vías habilitadas por la autoridad. De hecho, la justificación constitucional de establecer un régimen de aviso previo y no un régimen meramente represivo (como en el caso de Portugal) busca darle a la autoridad la posibilidad de organizar dichas vías alternativas. Si pensáramos de otro modo, entonces cualquier señal de desvío puesta por alguna autoridad implicaría una violación al derecho de libre tránsito; no podrían realizarse trabajos en las vías, o cerrarse ciertas calles por reparaciones o por actividades gubernamentales.

Así, el régimen de autorización previa ante el Intendente o Gobernador o el otorgamiento de una facultad a estos para prohibir la marcha en calles de circulación intensa o en sectores plantados no resultan idóneos ni necesarios para la realización del principio (libertad de tránsito), por cuanto no se genera en relación con el derecho afectado el óptimo paretiano propuesto por Alexy. Ahora bien, incluso si alguien considerara que dichos subprincipios sí se cumplen, el principio de proporcionalidad en sentido estricto excluye

⁶⁷⁸ ÁLVAREZ CONDE, Enrique., Op. Cit., p. 384.

⁶⁷⁹ GARGARELLA, Roberto. *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Op. Cit. p. 74.

directamente esta posibilidad: la libertad de tránsito habría llegado a un punto elevado de satisfacción, pero bajo el costo de desnaturalizar completamente el derecho de reunión.

Por otra parte, y atendiendo a la relevancia de los derechos que forman parte de la libertad política de las personas, debiera ser pacífico el hecho de que la libertad de reunión, en un caso de colisión con la libertad de tránsito y de circulación, tiene razones de mayor peso para prevalecer –siempre y cuando el requisito que señalamos antes se cumpla: esto es, que se dejen vías alternativas para el resto de las personas- debido a que tiene una mayor proximidad con el “nervio democrático”⁶⁸⁰.

Esto es aún más evidente si atendemos al contenido esencial de los derechos. Si seguimos a la jurisprudencia española, uno de los rasgos fundamentales del derecho de reunión es la facultad de reunirse “sin permiso previo”. El D. S. N° 1.086, como ya vimos, establece, por el contrario, un régimen de autorización. Según este criterio, basta con eso –la mera posibilidad de que la autoridad, recurriendo a una cuestión ajena al supuesto de hecho del derecho (la condición pacífica y sin armas de la reunión), pudiera rechazar la realización de la marcha- para que el contenido esencial se vea vulnerado. Incluso, parece que la imposición obligatoria de un trazado no apropiado para los manifestantes podría constituir en este sentido una restricción que tornaría impracticable el ejercicio del derecho, atendiendo el interés protegido, como en

⁶⁸⁰ *Ibíd.*

el ejemplo que daba Don Mitchell sobre las protestas en los aeropuertos. Y es que la invisibilización de la marcha también podría llegar a frustrar el ejercicio de esta libertad tan preciada para la democracia.

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional español considera “como eje central del contenido esencial del derecho de reunión (...) la ausencia para su ejercicio del requisito de la autorización previa”⁶⁸¹. Si dicho requisito existiera, el derecho se tornaría completamente “irreconocible”⁶⁸².

La inconstitucionalidad del D. S. 1.086 viene siendo denunciada con insistencia desde hace varios años, incluso con anterioridad a las manifestaciones de 2011⁶⁸³. Los mismos miembros de la CENC, como ya apuntamos, se opusieron a la regulación reglamentaria de este derecho. Fue en base a todos estos argumentos, que el año 2011 el Programa Asesoría Ciudadana, del Instituto Igualdad, presentó un requerimiento a Contraloría para que declarara la invalidez del D. S. 1.086⁶⁸⁴. A pesar de la contundencia de los argumentos, la Contraloría concluyó que el decreto se ajustaba a derecho. El

⁶⁸¹ LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*, Op. Cit., p. 143.

⁶⁸² *Ibíd.* López González agrega que el derecho de reunión terminaría convertido en una “mera concesión graciable de la autoridad administrativa”.

⁶⁸³ Véase: SOTO MARTÍNEZ, Víctor. “El derecho a la protesta y su expresión normativa”, ponencia presentada en el IV Congreso estudiantil de Teoría Constitucional (2009), disponible en: http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/victorsoto_1252892663.pdf; así como: COX, Francisco. “Criminalización de la protesta social: No tiene derecho a reunirse donde le plazca”, en: BERTONI, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Buenos Aires, Universidad de Palermo-CELE, 2010.

⁶⁸⁴ Véase el requerimiento presentado por el concejal Ismael Calderón y el abogado Ítalo Jaque, en: http://ballotage.cl/wp-content/uploads/2011/07/REQUERIMIENTO_LEGALIDAD_DS_DERECHO_A_REUNION_CONTRALORIA.pdf

principal fundamento del dictamen es que la propia Constitución remite la regulación del derecho a las disposiciones generales de la policía, por lo que no cabría cuestionar la validez del decreto. Asimismo, la restricción de las marchas por parte de intendentes y gobernadores estaría dentro de sus atribuciones, ya que a ellos les compete “velar porque en el territorio de su jurisdicción se respete la tranquilidad, el orden público y el resguardo de las personas y bienes, y a los gobernadores la de autorizar reuniones en plazas, calles y demás lugares de uso público, en conformidad con las normas vigentes”⁶⁸⁵. Este razonamiento se inserta plenamente en aquella “tradicción de desconfianza” hacia el derecho de reunión que ya hemos criticado⁶⁸⁶.

Ante la insuficiencia de la vía judicial y administrativa, ante la remisión constitucional al reglamento y no a la ley para su regulación (lo que excluye al Congreso de la solución) pareciera ser que el único camino que resta es solicitar la derogación de este decreto al mismo poder gubernamental al que el decreto beneficia. Una solución como esta no es óptima, pero al menos sirve para revelar la naturaleza política del problema.

En las páginas precedentes no sólo hemos delimitado el ámbito de protección del derecho de reunión, derecho que –como ya dijimos- abarca el tipo de protesta más común en nuestro país: las marchas o manifestaciones,

⁶⁸⁵ Dictamen N° 78143, de 2011.

⁶⁸⁶ Para un análisis del dictamen, véase: QUEZADA, Flavio. “Autorización previa del ejercicio del derecho de reunión”, BCN. Blog legal, enviado por Diario Constitucional el 31/05/2012, en: <http://bloglegal.bcn.cl/autorizacion-previa-del-ejercicio-del-derecho-de-reunion> [visitado el 06-02-2014]

sino que, además, se han entregado razones potentes para repensar este derecho. Y es que no es normal que en una democracia las marchas y reuniones deban autorizarse, y que quienes se manifiestan sean reprimidos sin consideración a que ejercen un derecho, no un privilegio.

Usualmente se piensa que los triunfos alcanzados en el pasado en relación con los derechos humanos son suficientes y que no podemos volver a estadios anteriores de desprotección. Sin embargo, vivimos en tiempos de peligro para las libertades que hemos ganado, y se nos exige promover la profundización de estas libertades. Ello sólo es posible dentro de una democracia en la cual se valore la participación ciudadana, el debate público, y la libertad de las personas para ejercer dos actividades típicamente republicanas que a veces damos por sentado: el discurso y la crítica.

2. El derecho fundamental a la protesta y la desobediencia civil

Entender a la protesta como un derecho fundamental –es decir, como un principio político- tiene varias consecuencias relevantes para la democracia. Formalmente, la protesta postula un sistema donde sus diversas manifestaciones puedan expresarse sin temor a la coacción estatal. El único límite teórico de la protesta sería la violencia física. Esto quiere decir que la realización práctica del derecho a la protesta admite cualquier manifestación pública del disenso, siempre que ella no vulnere la integridad física y síquica de otros ciudadanos. A su vez, esto implica que el derecho a la protesta admite la

realización de protestas ilegales o contrarias a la legalidad (como ocurre en el caso de la desobediencia civil). La pregunta que falta responder es si el sistema democrático puede admitir *jurídicamente* dicha consecuencia.

En el capítulo III defendimos la inclusión de la desobediencia civil dentro de las formas más relevantes de protesta. Se trataría, dijimos, de una protesta ilegal. La existencia de este tipo de protesta no debería generar mayores inconvenientes, puesto que ello fluye naturalmente de la conceptualización amplia de la protesta que hicimos en el capítulo I. Lo que sí es problemático es la posible justificación *democrática* de una forma de protesta contraria a las leyes. Para defender esta posibilidad analizamos tanto el concepto como las principales justificaciones filosóficas y políticas de la desobediencia civil. En este sentido, hicimos nuestros los argumentos de Arendt y Habermas. De la primera tomamos la aceptación del *disentimiento* como base del consentimiento democrático (el cual es, por ende, un consentimiento reflexivo o calificado), mientras que del segundo tomamos la idea de la democracia como un proceso complejo de justificación de las normas y decisiones estatales. Al respecto, volvemos a transcribir aquí los exigentes requisitos que Habermas postula respecto de la teoría constitucional moderna:

"el Estado constitucional moderno sólo puede esperar la obediencia de sus ciudadanos a la ley si, y en la medida en que, se apoya sobre principios dignos de reconocimiento a cuya luz, pues, pueda justificarse

como legítimo lo que es legal o, en su caso, pueda comprobarse como ilegítimo"⁶⁸⁷.

Esta justificación sólo adquirió su sentido pleno una vez que desarrollamos un bosquejo aproximado de una teoría de la democracia. En dicho bosquejo demostramos que la protesta, en tanto manifestación pública y esencialmente no violenta del disenso, constituye una práctica ineludible del proceso democrático, tanto en lo que se refiere a su aspecto negativo –la expresión de la crítica política- como a su aspecto positivo –la participación política directa de los ciudadanos en el debate público. Este debate conlleva la posibilidad de revisión y de escrutinio de las decisiones mayoritarias, incluso *después* de que han sido convertidas en ley, lo que da cuenta del carácter dinámico del proceso. La manifestación más radical de dicho escrutinio es precisamente la desobediencia civil.

En el presente capítulo, hemos intentado bosquejar –sin llegar a ser exhaustivos- una teoría de los derechos fundamentales consistente con el marco teórico desarrollado en los capítulos anteriores. Dijimos, pues, que los derechos fundamentales son esencialmente principios políticos. Así entendidos, la pregunta respecto de su positivización e incardinación normativa, y la pregunta sucesiva respecto de su implementación judicial mediante la creación de garantías que permitan la protección de su ejercicio, pasan a segundo plano.

⁶⁸⁷HABERMAS, Jürgen. “La desobediencia civil. Piedra de toque del Estado democrático de derecho”, en: *Ensayos políticos*, Barcelona, Ediciones Península, 1994, p. 58.

Su verdadera faz se denota polémica, ya que, al tratarse de mandatos de optimización que la sociedad se da a sí misma, ellos mismos se revelan discutibles y modificables. Sin embargo, esto no quita que los derechos sean, como su nombre lo indica, *fundamentales*, y que sus posibilidades de expansión sean, en principio, bastante amplias. Así las cosas, el derecho a la protesta correctamente entendido debe incluir a la desobediencia civil.

Pero la cuestión no es tan fácil una vez que entramos en un nivel de mayor concreción. Pues, desde un punto de vista estrictamente *jurídico*, se nos revela como autocontradictorio que exista un derecho fundamental positivizado mediante la técnica del derecho subjetivo (entendido, a su vez, como un haz de relaciones y posiciones jurídicas), que permita la desobediencia del derecho objetivo. Dicho en términos simples: sería contradictoria la existencia de un derecho subjetivo a desobedecer el derecho.

Esta contradicción, sin embargo, es sólo aparente. Falcón y Tella sostiene que en la desobediencia civil no hay una simple infracción legal, sino una antinomia que se produce “en el triple plano de los valores, las normas y los hechos”⁶⁸⁸. Entre los valores se produce un choque entre el valor de la legalidad y el valor de la legitimidad; en el plano de los hechos, la colisión se puede producir entre diversas fuerzas o poderes del Estado, como el choque que puede darse entre gobernados y gobernantes, o entre el poder central y el

⁶⁸⁸ FALCÓN Y TELLA, María José. *La desobediencia civil*, Op. Cit., p. 203.

poder regional, entre otros⁶⁸⁹. Por razones obvias, sin embargo, la autora se centra en las antinomias normativas. Aquí destaca una propuesta novedosa: en la desobediencia civil intervendrían *tres* tipos de normas:

"1. La norma que el acto de la desobediencia civil viola. 2. La norma que se pretende que la sustituya, que puede ser una simple negación de la anterior. 3. La norma en la que se ampara la violación de la norma 1"⁶⁹⁰.

El problema de gran parte de la doctrina, según la autora, es que se centra exclusivamente en la norma 1, y no considera para nada las normas 2 y 3. Sin embargo, la norma 2 debe ser considerada "al menos como proyecto que se materializa cuando la desobediencia civil llega a buen fin", pues la desobediencia tendría fines "innovadores, de sustitución de la legalidad vigente"⁶⁹¹. Claro está que a dicha norma le faltan varios de los elementos necesarios para que adquiera validez jurídica; sin embargo, una concepción moderna del derecho como un orden dinámico y abierto al cambio debería considerar este proyecto normativo, al menos para un correcto análisis de la conducta del desobediente civil. Por otro lado, la existencia de la norma 3 también es problemática, sobre todo desde una perspectiva positivista. Aun así, la autora enuncia tres normas que la doctrina positivista podría llegar a

⁶⁸⁹ *Ibid.*, pp. 203-205.

⁶⁹⁰ *Ibid.*, p. 205.

⁶⁹¹ *Ibid.*, p. 206.

considerar como habilitadoras de la desobediencia civil: los principios, las normas internacionales y los preceptos constitucionales⁶⁹².

Ahora bien, considerando a la desobediencia civil desde el punto de vista de la norma 1, la autora concluye que no es posible homologar la desobediencia civil con un delito, lo que se debe, entre otras razones, a la inexistencia de un tipo penal específico que lo contemple. Incluso en caso de que se trate de una acción típica, el delito también debe ser antijurídico y culpable, lo que complejiza el análisis de la conducta del desobediente.

Desde el punto de vista de la norma 2, por otra parte, la autora postula dos tipos de antinomia: la antinomia ley presente-ley futura y la antinomia ley general o regular-ley especial y excepcional. Respecto de la primera, ya dijimos que es problemático tratar a la norma futura como una norma jurídica en sentido pleno, porque no concurren los requisitos de validez de las normas jurídicas; en otras palabras, es una norma que no ha sido sancionada siguiendo el procedimiento constitucional.

Los mecanismos que propone la autora para defender este predominio de la ley futura sobre la ley presente son varios: desde el punto de vista de la ley presente postula la *desuetudo*⁶⁹³ y la declaración de inconstitucionalidad con efectos *ex tunc* (es decir, retroactivos). Sin embargo, en el primer caso es

⁶⁹² *Ibíd.*

⁶⁹³ Definida por la autora como “aquel proceso contrario a la costumbre (...) en virtud del cual, cuando una norma es inaplicada de manera reiterada en el tiempo, con una cierta generalidad en relación a los sujetos, a la colectividad, pierde su carácter jurídico y deja de constituir Derecho”. *Ibíd.*, p. 256.

discutible que ello ocurra en la generalidad de los actos de desobediencia civil, que buscan desafiar una decisión mayoritaria *vigente* en base a altas consideraciones morales, políticas o jurídicas. En la *desuetudo*, por lo general, la norma que se incumple ya ha devenido trivial. En el segundo caso, en tanto, si bien estamos frente a una solución favorable a la desobediencia civil, ello requeriría que las decisiones del Tribunal Constitucional, respecto de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, tuvieran efectos retroactivos. Incluso si ello ocurriera, esta solución no serviría en todos los casos relevantes de desobediencia civil. ¿Qué pasaría, por ejemplo, si el manifestante siguiera incumpliendo la ley a pesar de la decisión en contrario por parte del Tribunal Constitucional? ¿Habría que olvidar las consideraciones previas y aplicarle todo el rigor de la ley penal? Si lo que se busca es justificar jurídicamente la desobediencia civil, esta respuesta no es satisfactoria.

Desde el punto de vista de la ley futura, en tanto, la autora ve posibles soluciones iusnaturalistas, positivistas y realistas. Nos interesan aquí las segundas. Dos serían, a su juicio, las vías para legalizar la norma futura: primero, de *lege data*, podría convertirse en una práctica aceptada de hecho, y, segundo, de *lege ferenda*, podría establecerse como una forma de aguijonear el cambio legislativo. Ambas ideas nos parecen plausibles, aunque no serán convincentes para un positivista. Todavía no hemos llegado, pues, a un argumento decisivo.

Ahora bien, respecto de la antinomia ley general o regular/ley especial y excepcional, la autora sostiene que debe aplicarse el aforismo “ley especial deroga a la general”⁶⁹⁴. Aquí, al igual que en la antinomia ley presente-ley futura, consideramos que el criterio es insuficiente, porque la norma propuesta por los desobedientes no cumple con los requisitos procedimentales mínimos para ser considerada una ley.

Más interesante es la antinomia ley excepcional-ley especial. Una ley excepcional es una ley que otorga un privilegio a un grupo específico de personas o que excluye a un grupo definido de ciertos beneficios o derechos. Por eso, en el caso de la desobediencia civil lo que se suele infringir es una ley excepcional. La norma que se propone en su reemplazo, en cambio, es una ley especial. La diferencia entre la norma especial y la norma excepcional debe ser recalcada:

"Cualitativamente, el Derecho excepcional se opone frontalmente, choca por completo con el Derecho regular, al que deroga, mientras que el Derecho especial sólo se aparta de él, dando un rodeo, para mejor aplicar los principios que lo inspiran.

(...) Teniendo en cuenta estos datos, y desde el punto de vista de la futura ley que por la desobediencia civil se pretende instaurar, parece que ésta será un caso de norma especial, compatible con el sistema, y no un supuesto excepcional, con él incompatible. La razón de esta

⁶⁹⁴ *Ibíd.*, p. 260.

afirmación sería que en la desobediencia civil se acepta el sistema jurídico en su conjunto, en particular su norma constitucional"⁶⁹⁵.

Aquí, si bien se mantiene el mismo problema que hemos indicado anteriormente, sí puede discutirse la validez de la ley excepcional, por cuanto ella vulnera todos los principios del orden jurídico. Incluso si no aceptamos la existencia de la norma propuesta por los desobedientes, tendremos que considerar en nuestro análisis la posible falta de validez –al menos material- de la norma impugnada.

Lo más interesante se encuentra en la norma 3, la norma que ampara la violación de la norma 1. Aquí la autora repasa una serie de antinomias, como la antinomia derecho-religión, derecho-moral, derecho natural-derecho positivo. Es obvio que ninguna de estas antinomias será relevante para el positivista. Más interesante nos parece la antinomia entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo. Aquí tenemos una oportunidad de aplicar lo que hemos venido estudiando en este capítulo: la teoría de los derechos fundamentales. La pregunta que surge es obvia: ¿es posible que alguno de los derechos fundamentales constitucionalizados –mediante la técnica del derecho subjetivo y sus respectivas garantías- ampare la violación de una norma del derecho objetivo? Aquí hay tres respuestas posibles: la negativa, que se decanta por mantener el criterio de evitar la supuesta auto-contradicción del derecho, que ya

⁶⁹⁵ *Ibíd.*, p. 261.

mencionamos más arriba; aquella que encuentra en derechos tales como la libertad de expresión, el derecho a la protesta o el derecho de reunión la forma habilitadora de esta particular clase de protesta; y finalmente aquella que considera a la desobediencia civil misma como un derecho⁶⁹⁶.

Pero esta no es la única perspectiva que podemos analizar. También se puede hablar de una antinomia entre una ley y un principio. Los derechos fundamentales, ya lo dijimos, son principios políticos. Incluso quienes no comparten esta tesis en particular deben admitir al menos la plausibilidad de aquella que propone que los derechos fundamentales se estructuran normativamente como principios, tesis compartida por autores tan relevantes como Dworkin o Alexy. Estos principios, dentro del paradigma constitucional, no sólo complementan sino que incluso tienen predominio sobre el sistema positivo ordinario. En el caso de Ferrajoli, este predominio constitucional es aún más potente, por cuanto, para él, los derechos fundamentales deben ser entendidos como reglas y no como principios; cualquier conflicto de la ley ordinaria con ellas debe llevar al juez a la resolución de la antinomia y, por ende, a la derogación del precepto positivo contrario a la norma iusfundamental.

En fin, si nos tomamos en serio el paradigma constitucional, que subordina las leyes a los principios y reglas establecidos en la Constitución,

⁶⁹⁶ Así, por ejemplo, Marina Gascón Abellán, quien sostiene que, en el marco de un sistema liberal entendido en clave lockeana, se sigue el principio de que todo lo que no está expresamente prohibido está permitido. En virtud de esa auto-comprensión del derecho liberal, podría hablarse de un derecho general a desobedecer las normas por motivos de conciencia. *Ibíd.*, p. 268. Falcón y Tella comparte esta tesis.

debemos convenir que los desobedientes no son simples delincuentes ni simples infractores de la ley.

Dworkin, analizando el caso de los objetores de conciencia, argumenta que aquí no estaríamos frente a una simple infracción legal, ya que no podemos suponer que los objetores de conciencia saben que están infringiendo una ley válida⁶⁹⁷. Esto es producto de lo que ya señalamos más arriba: que en el marco del paradigma constitucional la identificación del derecho válido se vuelve, en ciertos casos, problemática. Digo “en ciertos casos” porque ello sólo ocurre cuando existe una contradicción entre la ley ordinaria y la ley constitucional. Ahora bien, ¿cómo se define *cuándo* estamos frente a una contradicción de esta naturaleza? Lamentablemente aquí no existe un criterio *previo* a la discusión política. Para Dworkin, todo depende de cuáles sean los argumentos esgrimidos para justificar la desobediencia a la luz de los principios constitucionales⁶⁹⁸.

⁶⁹⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, Op. Cit., p. 306

⁶⁹⁸ *Ibíd.* Para un mayor desarrollo de esta concepción del derecho como una práctica argumentativa, veamos lo que señala Alexy sobre la argumentación iusfundamental: “El discurso iusfundamental no está sujeto a las decisiones tomadas en el procedimiento legislativo, sino que tiene *prioridad* sobre éste. Esto significa que para él desaparece el factor de sujeción más importante para la argumentación jurídica general, es decir, la ley ordinaria que, la mayoría de las veces, es relativamente concreta”. Y más adelante agrega: “la argumentación práctica general es un elemento necesario del discurso iusfundamental. Esto significa que el discurso iusfundamental, al igual que el discurso jurídico en general, comparte la inseguridad de resultado del discurso práctico general. Por lo tanto, es inevitable la *apertura* del sistema jurídico provocado por los derechos fundamentales. Pero es una apertura de tipo *calificado*. No se trata aquí de una apertura en el sentido de la arbitrariedad o de la mera decisión. La base presentada confiere a la argumentación iusfundamental una cierta firmeza y, a través de las reglas y las formas de la argumentación práctica general y de la argumentación jurídica, la argumentación iusfundamental que se lleva a cabo sobre esta base es estructurada racionalmente”. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 532 y p. 533, respectivamente. Los énfasis son míos. La base a la que se refiere Alexy está dada, a su juicio, por la primacía del texto constitucional (quien quiera obviar o “trascender” el sentido

Esto no implica “garantizarle la inmunidad” al desobediente civil o al objetor de conciencia⁶⁹⁹. La existencia de una permisión general para incumplir las leyes podría sumir al Estado en la parálisis. Para que el sistema funcione, la desobediencia al derecho debe ser la excepción. Y es que considerar la obediencia de la ley como un asunto meramente privado, llevaría a trivializar no sólo al derecho sino también a la misma posición de quien lo desobedece. Aun así, como señala Dworkin, la ausencia de una permisión general para incumplir las leyes no debe llevarnos a la homologación del desobediente con el delincuente común:

"Si el estado no procesara jamás, los tribunales no podrían basar su acción en la experiencia y en los argumentos generados por la disensión. La consecuencia que sí cabe sacar es que cuando las razones prácticas para enjuiciar son relativamente débiles en un caso determinado, o se las puede cumplir de otras maneras, la senda de la equidad pasa por la tolerancia. La opinión popular de que “la ley es la ley” y siempre se ha de

natural de las palabras tiene la carga de la prueba), el uso del precedente (una vez más, quien no pueda aducir un precedente para una decisión cuenta con la carga probatoria), y la elaboración de una dogmática constitucional por parte del máximo tribunal (en nuestro caso, sería el Tribunal Constitucional). Soy consciente de que homologar este sistema a Chile sería complicado, toda vez que aquí no se admite el uso del precedente. Sin embargo, huelga señalar que este “peso” de la tradición decisional del Tribunal Constitucional se aplica incluso sin que exista dicha práctica, por el mero hecho de que los giros jurisprudenciales requieren siempre un refinamiento en la argumentación.

⁶⁹⁹ DWORKIN, Ronald. Op. Cit., p. 316.

imponer su obediencia se niega a distinguir entre el hombre que actúa según su propio juicio de una ley dudosa (...) y el delincuente común"⁷⁰⁰.

No es posible dar, pues, una respuesta unívoca para todos los casos de desobediencia civil. Sin embargo, este breve repaso de los argumentos jurídicos para su admisión, nos demuestran que el rigorismo legal es insuficiente. Actualmente tenemos un sistema que funciona en dos planos diferenciados: el plano legal y el plano constitucional; la infracción de una norma en el plano legal puede ser admitida siempre y cuando se dé una argumentación correcta en el plano constitucional. Aquí es necesario detenerse tanto en el aspecto formal como en el aspecto material. Un sistema como el kelseniano, por ejemplo, que también opera de manera escalonada, consideraría a la Constitución sólo en el plano formal: la norma constitucional establecería el procedimiento correcto para que una norma legal sea válida. El sistema constitucionalista que tenemos en Chile, sin embargo, opera también considerando el aspecto material; esto requiere un mayor protagonismo del intérprete formal de la Constitución, el juez constitucional⁷⁰¹. Este juez deberá considerar, en su análisis del caso, si la actividad del desobediente puede

⁷⁰⁰ Ibid., pp. 316-317. Más adelante, el autor concluye con las siguientes palabras: "Las proposiciones simples y draconianas, según las cuales el crimen debe ser castigado y quien entiende mal la ley debe atenerse a las consecuencias, tienen extraordinario arraigo en la imaginación, tanto profesional como popular. Pero la norma de derecho es más compleja y más inteligente, y es importante que sobreviva" (pp. 325-326).

⁷⁰¹ Aclaremos, eso sí, que el juez constitucional es sólo el intérprete desde el punto de vista jurídico-formal. Políticamente el pueblo es el único actor relevante. No hay tribunal superior al pueblo; el único veredicto que al desobediente le importa de verdad es el veredicto de la ciudadanía.

ampararse o no en los principios y valores constitucionales, específicamente en los derechos fundamentales establecidos por la Constitución, que representan, junto con la democracia, el más alto criterio de legitimidad del sistema.

Ahora bien, de las tres posibles respuestas a la pregunta sobre la admisión jurídica de la desobediencia civil, nos decantamos por aquella que sostiene que se la puede defender como el ejercicio de un derecho fundamental. Para nosotros ello ocurre claramente a propósito del derecho a la protesta, aunque también se puede fundamentar a propósito de la libertad de expresión, la participación política y el derecho de reunión.

De esta manera, no caemos en las dificultades que entraña concebir a la desobediencia civil misma como un derecho. Si la consideramos como una actividad enmarcada dentro del supuesto de hecho de un derecho fundamental, podremos realizar una regulación más estricta de su ejercicio, integrándola en un discurso iusfundamental que opere sobre la base de una mayor certeza jurídica⁷⁰². Esta postura también es defendida por Ramón Soriano:

"Al ser ejercicio de un derecho fundamental la desobediencia civil recibe las limitaciones propias de la concurrencia de derechos y libertades públicas; en su caso con mayor razón aún, ya que en el trasfondo subyace una desobediencia a la norma jurídica, que es necesario evaluar en contraste con la causa o la motivación de la desobediencia; es decir, hay que valorar y contrapesar los fines perseguidos con la desobediencia

⁷⁰² Cfr. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 533.

civil y la violación de bienes y derechos de terceros ocasionada con los actos de desobediencia civil (...), y de esta ponderación comparativa deducir si realmente la desobediencia civil en función de la justicia de sus objetivos no es sino el ejercicio legítimo de un derecho (...) que en conformidad con la legislación penal actúa de eximente de la responsabilidad penal"⁷⁰³.

Esto da cuenta de un análisis jurídico particularmente complejo: no sólo se debe sopesar la norma legal infringida con el derecho en el cual la desobediencia civil se ampara, sino que es necesario integrar en la ponderación a las normas que los desobedientes esgrimen como causa de sus actuaciones. Es decir, tal y como lo señalaba Falcón y Tella, es necesario sopesar la norma 1 (norma infringida) con la norma 2 (norma propuesta o esgrimida por los desobedientes como causa de su actuación) y la norma 3 (norma que ampara la recurrencia de los manifestantes a la desobediencia civil). En el caso de la desobediencia civil indirecta es obvio que la ponderación relevante se dará entre la norma 1 y la norma 3. Sin embargo, esto no excluye de la ponderación a la norma 2, pero sí la desplaza a un plano secundario, que puede servir de reforzamiento de la norma 3.

⁷⁰³ SORIANO, Ramón. *La desobediencia civil*, Op. Cit., p. 186. Este principio que esgrime Soriano a propósito del derecho español, está consignado en la legislación chilena en el artículo 10, número 10, del Código Penal.

Tanto la norma 2 como la norma 3 deben circunscribirse a derechos, valores o principios claramente establecidos en la Constitución o los tratados internacionales que se consideran integrados en ella; es decir, se debe tratar de normas supra-legales pero que se puedan al menos *adscribir* a un texto positivo aplicable por el intérprete constitucional⁷⁰⁴. La base del sistema se halla, por tanto, en un desarrollo apropiado del discurso iusfundamental. El derecho a la protesta y la desobediencia civil nos empujan al enriquecimiento y la evolución de esta práctica argumentativa.

Está claro que el desarrollo de dicha práctica no es una cuestión sencilla. La protesta suele postular la crítica de las instituciones existentes y, en algunos casos, su reformulación completa. Esto se debe a que toda protesta contiene la afirmación implícita de un ideal. La protesta bien puede consistir en una interpelación para que el sistema social se eleve a la altura de su propia autocomprensión, es decir, a la idea que el propio sistema tiene de sí mismo, o bien puede postular un ideal alternativo. Ambas formas de protesta son igualmente válidas. La posibilidad de la segunda forma, sin embargo, nos muestra la condición polémica del derecho a la protesta: se trata de un derecho habilitador del cambio social.

⁷⁰⁴ Cfr. *Supra.*, Capítulo V, Sección A), apartado 3.1

CAPÍTULO VI.

LOS LÍMITES DEL DERECHO A LA PROTESTA

Si hemos de creerle a Carl Schmitt, todos los conceptos sobresalientes de la teoría moderna del Estado son “conceptos teológicos secularizados”⁷⁰⁵. Es decir, muchos de los conceptos con los cuales nos referimos al Estado se vincularían analógicamente con conceptos propios de la teología. Así ocurriría con el estado de excepción, analogía del milagro, o con la omnipotencia del legislador, analogía de la omnipotencia de dios. Reflejarían dichos conceptos, por lo demás, diversas “teologías” o visiones de mundo. Así, para Schmitt lo relevante es la excepción, el milagro que hace “saltar la cáscara de una mecánica anquilosada en pura repetición”⁷⁰⁶, mientras que para Kelsen es preciso eliminar el milagro, reconducir el poder a la correcta aplicación de las leyes naturales (la norma jurídica). De ahí que uno defienda el poder del monarca y el otro el poder del legislador democrático.

Con esto en mente, podemos entender a cabalidad el concepto de orden de un autor como Donoso Cortés:

⁷⁰⁵ SCHMITT, Carl. *Teología política*, Buenos Aires, Struthart & Cía., 1985, p. 95.

⁷⁰⁶ *Ibíd.*, p. 54.

"el orden, o lo que es lo mismo, el bien supremo, consiste en que todas las cosas conserven aquella trabazón que Dios puso en ellas cuando las sacó de la nada; y que el desorden o, lo que es lo mismo, el mal por excelencia, consiste en romper aquella admirable trabazón y aquel sublime concierto. (...) Siendo toda desobediencia contra Dios lo que se llama un pecado, y siendo todo pecado una rebeldía y una desobediencia, síguese aquí que no puede concebirse el desorden en la creación ni el mal en el mundo sin suponer la existencia del pecado"⁷⁰⁷.

En este párrafo vemos ratificadas las reflexiones que hicimos a propósito de la "teología de la desobediencia" en el segundo capítulo de este trabajo, a las que les sumamos ahora la conexión íntima entre la obediencia y la conservación del orden, y la identificación directa entre desorden y pecado.

Sin embargo, la importancia del orden no viene dada sólo por doctrinas teológicas o metafísicas, sino que también ha sido destacada por la sociología jurídica, la cual ha manifestado, desde diversos puntos de vista, la estrecha conexión que tienen poder y orden. En este sentido, Heller sostiene que "el orden social descansa en la probabilidad empírica de una conducta", esto es, "en el hecho de que empíricamente puede esperarse de los hombres una cierta

⁷⁰⁷ Citado en: PLÁ BARNIOL, Carlos. "Orden y seguridad: una antología", Cuadernos de Trabajo Social, N° 7, Universidad Complutense, Madrid, 1994, p. 311. La cita está extraída del libro de Donoso Cortés, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo* (Capítulo VI, Libro II).

manera de obrar; orden es calculabilidad”⁷⁰⁸. Asimismo, Norbert Lechner sostiene que una relación de poder "conseguirá ser reconocida cuando durante un tiempo mantenga un orden, o sea cuando orden y duración adquieran significación en la formación de la conciencia. Mantener el orden significa ante todo ofrecer una *seguridad de orden*”⁷⁰⁹. Lechner cree, al igual que Heller, que existe una seguridad de orden cuando “el proceso social es calculable y predecible”⁷¹⁰.

Es un hecho conocido que la gente desea o anhela la existencia de un orden, la posibilidad de realizar cálculos de certeza y probabilidad en sus relaciones cotidianas. Ningún sistema social podría subsistir en caso contrario. Así, por ejemplo, cuando utilizamos el transporte público –pensemos, por ejemplo, en el Metro, que no depende de las vicisitudes del tránsito- esperamos contar con un tiempo definido de espera y de recorrido. Cualquier desviación del tiempo acostumbrado generará las protestas o reclamos de los usuarios. Lo mismo ocurre respecto de los usos sociales. Supongamos que vamos al banco y nos ponemos al final de la fila: todos esperamos que los que lleguen después respeten la fila y no intenten colarse entremedio. Si alguien se colara, los reclamos de los afectados no tardarían en llegar. Añadamos a dicha situación la figura del guardia de seguridad indicándole al colado la regla de la fila (y la

⁷⁰⁸ HELLER, Hermann. *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*, México, Fondo de cultura económica, 1995, p. 112.

⁷⁰⁹ LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*, Santiago, FLACSO, 1984, p. 66.

⁷¹⁰ *Ibíd.*

posibilidad de la coacción para hacerla respetar), y tenemos una perfecta analogía del orden jurídico.

Lechner sostiene, siguiendo a Heinrich Popitz, que el orden vigente tiene cierto “valor de inversión”⁷¹¹. Las personas –tanto opresoras como oprimidas- suelen invertir cierta cantidad de energía, trabajo o dinero en el orden social; de ahí la dificultad de convencer, incluso a los más perjudicados por el sistema, de la conveniencia de modificar o destruir el orden social vigente. He ahí el carácter seductor de todo orden, por muy nocivo que este sea desde un punto de vista estrictamente racional; he ahí, también, que el orden sea la forma de realización del poder por excelencia:

“El poder no es solamente la coacción física; es también y sobre todo el poder de la estructura social. En esa *cosificación* y rutinización del poder como “fuerza de las cosas” radica el orden –y es en ese orden cotidiano donde se origina el reconocimiento del poder estatal”⁷¹².

Así, el “gran logro del poder es el orden”⁷¹³, la posibilidad de cosificar una situación concreta de dominio, de convertir una relación social –una relación entre hombres- en una situación natural.

Aquí es preciso que regresemos a lo que vislumbramos en la teología del orden de Donoso Cortés. Allí el orden era entendido como un orden dado por

⁷¹¹ *Ibíd.*

⁷¹² *Ibíd.*, p. 70. Las cursivas son mías.

⁷¹³ *Ibíd.*

Dios. Esto quiere decir que el orden social –siguiendo a Lechner, el poder de la estructura social- era divinizado. De esta manera una determinada situación social se convierte en algo que no depende de voluntad alguna, o, mejor dicho, que depende de la voluntad divina, cuyos motivos son incognoscibles para los hombres. El orden se sustrae de la política.

Este es el perfecto reverso de lo que analizamos a propósito de la obediencia. Si la obediencia democrática es, en palabras de Habermas, una obediencia cualificada, entonces el orden democrático vendría a ser un orden no dado, sino construido. Las relaciones entre orden y desorden, así como entre legalidad e ilegalidad, pasarían a ser problematizadas. El orden social devendría una estructura mucho más frágil que en el modelo teológico de Donoso Cortés. Sólo comprendiendo esta fragilidad del orden social como un todo, podremos captar con precisión el carácter problemático del orden público, como posible principio limitador del derecho a la protesta.

A) EL ORDEN PÚBLICO VERSUS EL DERECHO A PROTESTAR

1. Inexistencia de una cláusula restrictiva de orden público respecto del derecho a protestar

Ya hemos visto que el orden público suele afectar el derecho a protestar, mediante la restricción del derecho de reunión. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-positivo el orden público no constituye una restricción directamente constitucional de la protesta⁷¹⁴. Este concepto no se menciona a propósito del derecho a la libertad de expresión, ni tampoco respecto de la participación política, ni en el artículo que garantiza el derecho de reunión. Sin embargo, se trata del concepto más utilizado para restringir la protesta social. ¿Cómo se explica esta incongruencia?

Por un lado, la Convención Americana (art. 13) establece que el ejercicio de la libertad de expresión podrá estar sujeto a “responsabilidades ulteriores”, las cuales deben ser fijadas por ley y deben ser necesarias para, entre otras cosas, proteger el orden público. Por otro lado, ya dijimos que el texto constitucional remite la regulación del derecho de reunión a las “disposiciones generales de policía”, lo que coloca la regulación del ejercicio de este derecho directamente dentro del ámbito de atribuciones de la autoridad administrativa. Sin embargo, cabe señalar que el principal decreto que regula este derecho, el

⁷¹⁴ Recordemos que Alexy advierte que una norma puede ser considerada una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional: "Si no lo es, su imposición puede, por cierto, tener el carácter de una intervención pero no de una restricción". ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. Cit., p. 272.

D. S. 1.086, *no menciona en ningún momento el orden público* como causal de limitación. Por lo tanto, la limitación del derecho de reunión por el orden público no podría ser entendida ni siquiera como una restricción indirectamente constitucional⁷¹⁵.

Ahora bien, podría salvarse esta dificultad sosteniendo un concepto amplio de la voz “disposiciones generales de policía”, comprendiendo dentro de ellas a las diversas circulares y protocolos de Carabineros donde este concepto sí se mencionaría –esto último lo presumimos, ya que la mayoría de estas normas son secretas. Pero eso significaría dejar la regulación de un derecho constitucional a las cambiantes disposiciones de la autoridad policial, lo cual pugna con cualquier noción propia del Estado de derecho.

También podría argumentarse que la misma amplitud del D. S. 1.086 tiene como finalidad permitir la introducción de la actividad represiva de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, actividad que se encuentra a su vez autorizada por el mandato general de estos órganos, contenido en el artículo 101, inciso 2°, CPR, que les encarga “garantizar el orden público y la seguridad pública interior”, entre otras cosas. Así, el concepto de orden público ingresaría en el ámbito de la restricción del derecho como una suerte de concepto “implícito”. Esto, sin embargo, tampoco es posible, ya que implicaría: 1)

⁷¹⁵ Utilizo aquí la nomenclatura de Alexy, quien distingue entre restricciones directamente e indirectamente constitucionales. Las primeras son las que se encuentran en el propio texto de la Constitución. En tanto, las restricciones indirectamente constitucionales son aquellas que figuran en una ley a la cual la Constitución se remite para la regulación del derecho. Véase: *Ibíd.*, pp. 276-286.

sostener que todos los derechos se encuentran sujetos a una posible intervención de la autoridad policial, sin importar lo establecido directamente por la Constitución, 2) vulnerar ciertos principios relevantes del Estado de derecho, como la seguridad jurídica y la sujeción constitucional de los órganos públicos (que en esta hipótesis estarían sujetos simplemente a mandatos generales de acción, susceptibles de ser interpretados por ellos mismos).

Una tercera posibilidad consistiría en sostener que la inserción del orden público como elemento delimitador de la libertad de reunión en nuestro país tiene como fuente mediata el artículo 24 CPR, que define la *función de gobierno*. Allí se establece que la autoridad del Presidente “se extiende a todo cuanto tiene por objeto la conservación del orden público en el interior y la seguridad externa de la República, de acuerdo con la Constitución y las leyes”. El orden público pasaría a ser entendido como un *principio o valor constitucional* –así como en otros países se habla de la paz o la seguridad ciudadana-. Esta postura reconoce que en el caso del derecho de reunión no existe una cláusula concreta que permita restringirlo por razones de orden público, pero también señala que, así como los derechos fundamentales pueden chocar entre sí, el orden público, en cuanto bien jurídico protegido por la Constitución, podría eventualmente colisionar con el derecho de reunión.

Independientemente de cómo se llegue a esta conclusión, lo cierto es que toda la doctrina coincide en que el derecho de reunión y la libertad de

expresión pueden colisionar con el orden público. El problema es si los primeros tienen primacía sobre el segundo.

2. ¿Relación de igualdad o de precedencia?

Para Sergio Verdugo la pretendida primacía de los derechos involucrados en la protesta sería una falacia, un mero eslogan⁷¹⁶. Sería una falacia porque: 1) ella no intenta "acomodar todos los intereses en juego", sino que presupone la derrotabilidad de un interés por el otro, y, 2) porque "desnaturaliza" el orden público⁷¹⁷. Una concepción "adecuada" del orden público, según Verdugo, debería considerarlo como un "concepto básico del Estado". El autor menciona aquí la importancia que le conceden la Convención Americana y el Pacto San José de Costa Rica. Incluso, nos dice, se trata de una de las razones para suscribir el contrato social (según Locke) y una de las tres funciones del Estado (según Adam Smith)⁷¹⁸. A pesar de la importancia que le concede, Verdugo no concibe al orden público como un elemento superior al ordenamiento jurídico, sino que lo entiende como un concepto facilitador del ejercicio de los derechos fundamentales. Aún así, es evidente que se trata para él de un concepto autónomo, ya que lo reconoce en todo momento como un

⁷¹⁶ VERDUGO, Sergio. "El eslogan de la protesta social", en: V. V. A. A. *Seminario internacional: Seguridad democrática y derechos humanos*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, Santiago, 2012, p. 84.

⁷¹⁷ *Ibíd.*

⁷¹⁸ *Ibíd.*

"interés en juego" diverso al interés representado por el derecho de reunión y la libertad de expresión. ¿Qué tipo de interés sería, entonces?

2.1. Bienes colectivos y derechos subjetivos

Quienes siguen la línea de Verdugo suelen entender el orden público como un *bien colectivo*. Más aún: se trataría de un bien colectivo digno de ser ubicado en un plano de igualdad con el derecho de reunión y la libertad de expresión. Pero para comprender esto, tenemos que definir previamente qué es un bien colectivo y cuál es su relación específica con los derechos fundamentales.

Para Alexy⁷¹⁹, los bienes colectivos en el ordenamiento jurídico se definen por dos características básicas: 1) se trata de bienes no-distributivos, y, 2) su creación o conservación está ordenada *prima facie* o definitivamente.

Que sean bienes no-distributivos significa, en primer lugar, que tienen un carácter no excluyente, es decir, que nadie puede ser excluido de su uso. En segundo lugar, estos bienes no generan rivalidad en su consumo, ya que el uso que hace una persona del bien colectivo no afecta el uso que pueda hacer otra persona del mismo. Esto coincide en general con la definición que da nuestra doctrina civilista de los bienes públicos, como las plazas y calles. Así, todos pueden hacer uso de ellas, mientras que nadie puede excluir a otra persona de

⁷¹⁹ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, pp. 186-188.

su utilización y no existe rivalidad, en principio, entre los diversos consumidores de estos bienes.

Por otro lado, que se trate de bienes ordenados *prima facie* o definitivamente, significa que, o bien se trata de principios -en otras palabras, mandatos de optimización del sistema jurídico- o bien se trata de reglas -es decir, posiciones definitivas establecidas por la ley-. Lo importante, en todo caso, es que los bienes colectivos, para ser tales, deben tener un *status normativo* que participe de uno de estos caracteres. Así, como dice Alexy, sólo podríamos hablar de un bien colectivo cuando exista una norma jurídica que así lo establezca. No se trata, pues, de meros factores extra-jurídicos sino de situaciones *ordenadas* por el sistema.

Ahora bien, ¿cuál es la relación que tienen los derechos individuales y los bienes colectivos? Aquí Alexy discute cuatro posibilidades⁷²⁰: i) los derechos individuales son medios para la consecución de bienes colectivos, ii) los bienes colectivos son medios para la consecución de derechos individuales, iii) los bienes colectivos son idénticos con situaciones donde se satisfacen derechos individuales, y, iv) se trata de dos conceptos independientes.

Sin entrar a evaluar en detalle los argumentos de Alexy, cabe señalar que el autor alemán descarta de plano la primera alternativa, ya que no se tomaría en serio al individuo. En efecto, como hemos dicho en este trabajo, si bien los derechos fundamentales como un todo apuntan a la realización de una

⁷²⁰ *Ibíd.*, pp. 190-199.

situación general de bienestar, que podríamos articular en términos de "bien colectivo", ello no obsta a que sea absolutamente necesario -para la realización práctica de dicha idea utópica- tomarse en serio a cada uno de los individuos que componen la sociedad, razón por la cual en la época moderna se ha entendido que la principal -aunque no la única- forma de llevar a cabo dichos principios es mediante el reconocimiento de ciertos derechos subjetivos (entendidos como un haz de posiciones individuales).

La segunda alternativa, por otro lado, le parece a Alexy sólo parcialmente correcta, por cuanto no todos los bienes colectivos podrían reducirse fácilmente a derechos individuales. Es decir, esto es conceptualmente posible pero normativamente problemático. Así, un defensor de esta línea de pensamiento tendría que admitir la existencia de un derecho a la belleza del paisaje u otros por el estilo.

La tercera postura, en tanto, si bien le parece al autor correcta en algún sentido, es también totalmente irrelevante. Y es que la única relación de identidad que no termina anulando ambos conceptos, consiste en la idea de que la satisfacción de los derechos individuales es, en sí misma, un bien colectivo. Esto, sin embargo, no representa ningún interés para el caso que nos convoca.

La única relación posible entre derechos individuales y bienes colectivos es la de independencia. Pero no se trata, para Alexy, de una independencia en un sentido fuerte, sino en un sentido débil. Esto quiere decir que, si bien los

derechos individuales y los bienes colectivos tienen una serie de relaciones entre sí, por lo que algunos derechos pueden constituir un medio para conseguir ciertos bienes, y viceversa, es imposible "una reducción completa de los derechos individuales a bienes colectivos o de bienes colectivos a derechos individuales"⁷²¹.

Por esta razón, los bienes colectivos y los derechos individuales pueden colisionar entre sí. Pero esto sólo puede ocurrir cuando ambos tienen el carácter de principios. Así, si el orden público estuviera delimitado, y su vinculación con el derecho de reunión y la libertad de expresión operara por medio de cláusulas restrictivas, podríamos hablar aquí de una *regla* de orden público, que por ende podría "vencer" al derecho en cuestión (en el sentido de que establecería no-posiciones definitivas para los ciudadanos). Sin embargo, como ya vimos, ese no es el caso. Por ello, la referencia genérica que hace la Constitución en el artículo 24, que define la función de gobierno, y en el artículo 101, que establece la función de policía, debe ser entendida como el establecimiento de un principio constitucional. Existiría, pues, un mandato de optimización respecto del orden público. En virtud de dicho mandato, la autoridad presidencial y las fuerzas de orden se encontrarían obligadas a conservar dicho bien colectivo en la medida de lo posible. Esto quiere decir que dicho bien colectivo podría ser, a su vez, limitado cuando chocara con un principio de mayor peso.

⁷²¹ *Ibíd.*, p. 199.

2.2. Dos soluciones posibles

Si lo anterior es correcto, si el orden público constituye en efecto un bien colectivo, entonces Verdugo tiene razón cuando señala que la posibilidad de prevalencia del orden público no puede ser descartada *a priori*, sino que debe llevarse a cabo un procedimiento de ponderación entre el orden público y los derechos relacionados con la protesta.

Pero Verdugo se equivoca respecto del peso relativo de ambos conceptos. No es un eslogan sostener que los derechos fundamentales deben tener una posición de privilegio respecto de los bienes colectivos. Al contrario, es una posición perfectamente coherente con la democracia y el Estado de derecho. Por otra parte, asumir que la ponderación entre el orden público y los derechos debe hacerse en un plano de igualdad y no entregar razones para ello, sí parece que cuenta, al menos, como una fuerte petición de principio. Y es que la idea misma de que nuestros derechos sean "fundamentales" nos indica una clara prelación constitucional. Como puntualiza Gargarella: "Si a algunos de nuestros intereses humanos fundamentales les damos la categoría de derechos es, precisamente, por nuestra pretensión de asegurarles la mayor protección posible"⁷²².

Esto no quiere decir que los derechos no puedan verse limitados o restringidos por otros intereses, pero sí que ellos deben conservar una posición privilegiada en el sistema. Por eso, Alexy señala que entre bienes colectivos y

⁷²² GARGARELLA, Roberto. *El derecho a protestar*, Op. Cit., p. 65.

derechos individuales existe una relación de "precedencia *prima facie*" en favor de estos últimos⁷²³. Alexy es consciente de que esta idea también cuenta como una petición de principio, pero ella tiene su justificación en que se trata de la única posición que se toma al individuo realmente en serio.

En términos prácticos, la precedencia *prima facie* quiere decir únicamente que la carga de la argumentación la tiene quien defiende bienes colectivos⁷²⁴. Si Verdugo y otros autores de la misma línea sostienen que existen razones poderosas para que el orden público desplace a los derechos vinculados con la protesta, deben ser capaces de elaborar argumentos más contundentes que la idea de que los derechos "no son absolutos". Esto último es evidente. Lo complejo es saber cuándo un derecho puede ser legítimamente limitado por otro derecho o cuándo un bien colectivo podría tener prevalencia sobre un derecho fundamental. Para el caso que nos convoca, entonces, tenemos que examinar a fondo de qué hablamos cuando hablamos de orden público y cuáles son sus fundamentos jurídicos.

⁷²³ ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*, Op. Cit., p. 207.

⁷²⁴ "La precedencia *prima facie* no excluye el desplazamiento de derechos individuales por parte de bienes colectivos. Exige simplemente que para la solución requerida por los bienes colectivos existan razones más fuertes que para la requerida por los derechos individuales". *Ibíd.*, p. 208.

3. El concepto de orden público

3.1. Breve historia del concepto

Se discute en doctrina si se trata de un concepto unitario o si deberíamos hablar de un orden público civil, de un orden público penal, de un orden público político, etc. La mayor parte de los autores opta por el concepto unitario⁷²⁵. Entre nosotros, Johanna Ramírez, en su acabada monografía sobre el tema, ha optado por distinguir entre dos variantes: una variante “jurídica”, propia del derecho civil, y una variante “política”, propia del derecho público⁷²⁶. Si bien se podría efectuar algún reparo con la oposición jurídico/político en el caso del orden público, es valorable que la autora investigue por cuerdas separadas las diversas aproximaciones de los juristas a este concepto, ya que sólo así es posible explicar las imprecisiones que surgen cuando hablamos de él.

3.1.1. La vertiente civilista

El orden público es un concepto moderno. Sin embargo, la mayoría de los autores de la vertiente civilista ve su origen remoto en el *ius publicum* del

⁷²⁵ Así, por ejemplo, Víctor Avilés Hernández considera que “el orden público es uno solo”, si bien el autor reconoce la existencia de diversas ramificaciones, como un orden público social y un orden público económico (que es el que él desarrolla). Véase: AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor. *Orden público económico y derecho penal*, Santiago, Editorial ConoSur, 1998, p. 191. En el mismo sentido: GONZÁLEZ, Felipe. *Orden público y libertad de expresión: elementos para su análisis*, Memoria para optar a licenciatura en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Santiago, 1985, p. 33 y ss.

⁷²⁶ Véase: RAMÍREZ SOTO, Johanna. *Orden público. Concepto, evolución y su consagración en la Constitución Política de la República*, Memoria para optar a licenciatura en ciencias jurídicas y sociales, dirigida por Eduardo Aldunate Lizana, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Escuela de Derecho, Valparaíso, 2004.

derecho romano⁷²⁷. Dicha construcción fue recogida por los juristas franceses del siglo XVIII, entre los que destaca Jean Domat. Este último utilizó la expresión “leyes de orden público” para referirse a todas aquellas materias que son propias del derecho público, es decir, aquel “conjunto de leyes que interesan más directamente a la sociedad que a los individuos particularmente considerados”⁷²⁸, como la provisión de los cargos públicos o las leyes relativas a la investidura de los príncipes.

Posteriormente, los redactores del *Code Civil* entendieron que frente a las leyes de orden público tenían que existir ciertas leyes de orden privado, derogables por los pactos entre particulares⁷²⁹. Así surgió la *doctrina clásica del orden público*, que ve en este último una contrapartida de la autonomía de la voluntad, con una función protectora o delimitadora de dicho principio. En esta época se definieron también los rasgos fundamentales del orden público en el ámbito civil: su actuación a través de leyes imperativas y la irrenunciabilidad por las partes de los derechos establecidos en ellas. De acuerdo a Ramírez, el orden público de la doctrina clásica se caracterizaría así por ser *excepcional* (siendo la regla general la autonomía de la voluntad), *negativo* (en cuanto principio limitador de dicha autonomía) y *legalista* (contenido en un tipo determinado de leyes, las leyes imperativas)⁷³⁰.

⁷²⁷ *Ibíd.*, p. 4.

⁷²⁸ *Ibíd.*, p. 10.

⁷²⁹ *Ibíd.*, p. 11.

⁷³⁰ *Ibíd.*, p. 15.

Pronto, sin embargo, dicha doctrina fue objeto de diversas críticas. Se criticó, entre otras cosas, la división tajante entre derecho público y derecho privado que la doctrina clásica presuponía, y el confinamiento del orden público a las leyes imperativas. Surgió así una nueva doctrina que concibió al orden público como un principio jurídico de carácter general, pasando “de un plano estrictamente legal” a uno “extra legal, aunque jurídico”. Así, el contenido del orden público pasó a ser “dinámico” (su contenido cambiaría según la evolución social) y “positivo” (ya no se trataría de limitar la autonomía de la voluntad, sino de promover la libertad y proteger frente a sus abusos)⁷³¹.

A este giro en la doctrina se suma la ampliación del ámbito del orden público en materia civil. Tiene razón Ramírez cuando sostiene que en este punto la noción de orden público se tornó “más difusa y confusa”⁷³². Sin embargo, esto tiene mucho que ver con un giro en la regulación de las relaciones entre particulares que forzó una ampliación del concepto, producto del surgimiento del derecho del trabajo y el mayor desarrollo del derecho administrativo⁷³³. Ambos fenómenos están, por cierto, enlazados directamente con el paso de un Estado de *laissez faire* a un Estado de bienestar, cuestión motivada por las luchas sociales de la segunda mitad del siglo XIX y la primera

⁷³¹ *Ibíd.*, p. 18.

⁷³² *Ibíd.*

⁷³³ Véase: TAPIA, Mauricio. “Orden público de protección en el derecho chileno”, en: MANTILLA, Fabricio y PIZARRO Wilson, Carlos (coordinadores). *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*, Santiago, Fundación Fernando Fueyo, 2008, pp. 485-506.

mitad del siglo XX. Así, la confusión del concepto de orden público en materia civil es consecuencia directa de la crisis del orden social burgués del siglo XIX.

3.1.2. *La vertiente publicista*

Aquí se pueden encontrar antecedentes del concepto de orden público ya en los albores de la Edad Media. El mismo Agustín de Hipona definió los objetivos de la autoridad civil, uno de los cuales era el *oficium providendi*, en virtud del cual la autoridad debía asegurar la tranquilidad de los súbditos. Así, la paz de la ciudad era definida como la “concordia ordenada entre quienes mandan y quienes obedecen”⁷³⁴. Posteriormente, se consideró que era precisamente el rey el que debía hacerse cargo de mantener el orden y asegurar la tranquilidad al interior de su territorio. Es posible notar aquí el miedo latente que entraña esta posición hacia cualquier disolución o disgregación del poder, miedo producido directamente por la fragmentación del viejo Imperio. De ahí también el origen de la divinización de la obediencia hacia el poder civil. Y es que incluso la tiranía empezó a ser considerada como una opción preferible a las luchas intestinas por el poder.

Aun así, la noción de orden público no surgiría sino hasta bien entrada la época moderna. Se desarrolló a partir del perfeccionamiento del antiguo imperativo de la paz civil, que decantó en la llamada *función de policía*⁷³⁵. El principal instrumento utilizado por los reyes para acrecentar dicha función fue la

⁷³⁴ Cita correspondiente a *La ciudad de Dios*, libro XIX, capítulo 13. Citado en: *Ibíd.*, p. 22.

⁷³⁵ *Ibíd.*, p. 27.

ordenanza, una “normativa especial” que fue “incidiendo en las antiguas libertades y privilegios” de los nobles, sin crear una “contrapartida o garantía para los particulares”⁷³⁶.

La estrecha conexión de esta novedosa función del poder real con el auge de las teorías absolutistas del Estado no puede ser soslayada. Así como la teoría de la obediencia pasiva y la exageración del valor de la tranquilidad tienen como trasfondo el miedo a la disolución del poder imperial, la teoría contractualista y la exacerbación de la función de policía tienen como correlato las guerras religiosas de los siglos XVI y XVII. Ya vimos cómo el mismo Hobbes escribió el *Leviatán* *contra* los grupos que buscaban disolver el poder central del rey, es decir, contra la resistencia de los pueblos conquistados por el poder real⁷³⁷. Asimismo, con el desarrollo de la teoría absolutista, la función de policía también fue expandiéndose hasta que llegó a contener todos los deberes propios de la administración interior del Estado⁷³⁸. Fue en este contexto que algunos juristas empezaron a hablar específicamente de orden público, para designar *uno* de los aspectos de la hipertrofiada función policial: el aseguramiento de la tranquilidad interna de las ciudades⁷³⁹.

Así es como llegamos a la noción burguesa del orden público, para la cual dicho concepto debe considerarse –en principio- constreñido por el respeto que debe tener el gobernante hacia los derechos fundamentales de los

⁷³⁶ *Ibíd.*

⁷³⁷ Véase: *supra.*, capítulo IV, sección A), parágrafo 2.1.

⁷³⁸ RAMÍREZ SOTO, Johanna. *Op. Cit.*, pp. 28-29.

⁷³⁹ *Ibíd.*, p. 29.

ciudadanos. Al mismo tiempo, la función de policía terminaría homologándose a la conservación del orden público, identificación que –con ciertas salvedades– se mantiene hasta el día de hoy.

Sin embargo, el asunto no es tan simple como parece. Como es sabido, la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” de 1789 le otorgó al orden público la tarea de limitar la libertad religiosa (artículo 10 de la Declaración)⁷⁴⁰. Así, el orden público se convirtió, además de objeto de la función policial del gobierno, en una *cláusula* limitadora de ciertos derechos fundamentales. En la ambigüedad producida por esta ampliación del concepto es posible vislumbrar el cruce entre la vertiente civilista y la vertiente publicista del orden público, ambigüedad que también nos retrotrae a la confusión entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales, ya estudiada en capítulos anteriores.

3.1.3. Superposición de las doctrinas

Hemos visto entonces cómo el orden público se fue desarrollando en dos ámbitos distintos: el derecho público y el derecho privado. La primera vertiente homologó este concepto a la función de policía del poder monárquico, que a su vez solía ser reconducida al mantenimiento de la tranquilidad de las calles y ciudades. La segunda vertiente entendió al orden público como una cláusula

⁷⁴⁰ Nótese que un poco antes se dice: “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos” (artículo 4º de la Declaración).

restrictiva para el ejercicio de ciertos derechos patrimoniales. Posteriormente esta noción se expandió al ingresar al derecho público como una cláusula limitadora de los derechos fundamentales consagrados en las constituciones. En este punto, dijimos, se generó la confusión. ¿Se trata, en todo caso, de una verdadera confusión? ¿O en realidad estamos hablando de distintas caras del mismo concepto en cuanto soporte de un determinado orden social, a saber, del orden social burgués?

Si esto último es correcto, la tranquilidad pública debería ser entendida como una condición previa para el libre tráfico de mercancías, y la limitación del ejercicio de los derechos patrimoniales como un freno para el abuso y la posibilidad del monopolio y la competencia desleal. Mientras la burguesía se encontró en su apogeo, segura de su poder, ambas ramas del orden público se entendieron de manera restringida. En cambio, cuando su poder empezó a trastabillar, con el surgimiento del movimiento obrero, el orden público de las calles se hipertrofió, separándose del orden público civil. Luego, cuando finalmente el movimiento obrero y la burguesía llegaron a un cierto equilibrio (inestable, pero equilibrio al fin y al cabo) con la llegada de los partidos socialdemócratas al poder, fue el orden público civil el que se vio forzado a ampliarse, reflejándose así el cambio interno del capitalismo, desde el *laissez faire* al Estado interventor propiciado por el keynesianismo. La acepción publicista del orden público en este período se tornó, finalmente, en un espacio de lucha. Se entendió que la invocación del orden público favorecía a la clase

social dominante, pero tampoco –en vista del equilibrio social inestable de este período- se efectuó una crítica radical a la utilización del concepto, porque así como favorecía generalmente a la clase burguesa, también podía favorecer eventualmente a (algunos sectores) de la clase obrera. Sólo hacia finales del siglo surgieron diversas voces en la doctrina que intentaron cuestionarlo. Este trabajo se inserta dentro de esa tradición.

3.2. Definiciones doctrinarias. Evaluación crítica

Hay consenso en la doctrina respecto del carácter esencialmente difuso y variable del concepto de orden público⁷⁴¹. Difuso, porque puede significar cosas radicalmente distintas para distintas personas, y variable, porque –como coinciden todos los autores- se va modificando de época en época, y su

⁷⁴¹ Ya en los años sesenta, el profesor argentino Carlos Sanchez Viamonte sostenía que “ningún concepto jurídico presenta más dificultades que el de *orden público*”, tanto así que el autor argentino distingue claramente entre la acepción civil y la acepción constitucional del orden público, fruto, según él, de la mayor parte de las confusiones que este concepto genera. Véase: SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *La libertad y sus problemas*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1961, p. 294 y pp. 298-299. Para José Antonio Doral se trata de “una noción variable según las épocas, los países y los regímenes políticos de cada nación”, en tanto que, para Jesús González Pérez, el orden público es una noción “esencialmente contingente”. Véase: DORAL, José Antonio. *La noción de orden público en Derecho civil español*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1967, y, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley de Orden Público*, Madrid, Publicaciones Abella, 1971, ambos citados en: IZU BELLOSO, Miguel. “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 58, 1988, p. 2. Entre nosotros, Fernando Jiménez Larraín apunta que este concepto “varía de un momento histórico a otro, de una nación a otra, especialmente tomando en consideración la organización política de cada Estado”. Véase: JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando. “La noción de orden público en la Constitución Política”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Universidad de Chile, Santiago, 2001, p. 105.

comprensión varía de país en país. De ahí que el Tribunal Supremo español lo haya definido como un “concepto jurídico indeterminado”⁷⁴².

Miguel Izu Beloso distingue *dos* significados diferentes del orden público en la doctrina⁷⁴³:

a) *Orden público en sentido material*: la llamada “tranquilidad de la calle”, que hasta ahora hemos identificado con el significado original del orden público en su versión publicista.

b) *Orden público en sentido formal*: concepto amplio elaborado por la doctrina y la jurisprudencia, que supedita el concepto, en la mayoría de sus definiciones, al orden general de la sociedad. Este es el concepto desarrollado originalmente por la doctrina civilista, que luego fue adoptado por la doctrina constitucional.

Si bien a primera vista parece claro que el concepto más idóneo para regular la protesta es el concepto material, no toda la doctrina lo ha entendido así, por lo que es preciso que nos centremos primero en el concepto formal.

⁷⁴² Tribunal Supremo de España, Sentencia de 18 de octubre de 1983, Cuarta Sala, citado por Pellise Prats en su artículo “Orden público” de la Enciclopedia Jurídica SEIX, citado a su vez en: PLA BARNIOL, Carlos. Op. Cit., p. 317. En este sentido, véase Fernando Fueyo (“La noción de orden público y su evolución útil”), quien sostiene que el contenido de este tipo de conceptos jurídicos indeterminados varía según las circunstancias y, por ende, la norma apela a la interpretación judicial. Es decir, el orden público, según esta visión, tendría un componente esencialmente casuístico. Referido por: RAMÍREZ, Johanna. Op. Cit., p. 48.

⁷⁴³ IZU BELLOSO, Miguel. Op. Cit., p. 2.

3. 2. 1. *El concepto formal de orden público*

A la distinción de Izu Belloso es posible agregar una nueva distinción. Así, dentro de la noción formal podemos diferenciar, a su vez, dos planteamientos sobre el orden público⁷⁴⁴:

b.1) *Planteamientos meta-jurídicos*: se entiende al orden público como una regla no escrita, como un límite inmanente de las libertades sancionadas por el derecho, como valores éticos y sociales reconocidos como vinculantes por la mayoría de la población.

b.2) *Planteamientos juridificantes* = aquí el orden público es visto como un orden ideal que emana del mismo ordenamiento jurídico. A diferencia de los planteamientos meta-jurídicos aquí no se apela a los valores éticos de la comunidad, ni a una realidad preexistente sino al respeto u obediencia a las leyes efectivamente vigentes. El orden público tendría como función el respeto de las libertades y derechos garantizados por el ordenamiento jurídico⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Aquí tomaremos la denominación de María Piedad Lazuén Alcón, pero con un sentido diferente. Para ella, sólo existen planteamientos meta-jurídicos y juridificantes, dividiéndose estos últimos en dos: un concepto amplio y un concepto restringido. En cambio, aquí pondremos énfasis, siguiendo a Izu Belloso, en la dicotomía material-formal, y dentro de la segunda distinguiremos las ideas meta-jurídicas de las juridificantes, que buscan enmarcarse dentro del ordenamiento constitucional. Cfr., LAZÚEN ALCÓN, María Piedad. "El siglo XX: del orden público a la seguridad pública", en: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, et al. *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002, pp. 756-757

⁷⁴⁵ Una visión bastante similar puede observarse en: GONZÁLEZ, Felipe. Op. Cit.

La doctrina chilena generalmente ha optado por definiciones meta-jurídicas⁷⁴⁶, incluso si muchas veces algún autor incorpora dentro de ellas alguna referencia a elementos juridificantes o incluso materiales. Para Alejandro Silva Bascuñán, por ejemplo, el orden público sería “la tranquilidad exterior que resulta del respeto de la ordenación colectiva, en razón del correcto ejercicio de la autoridad dentro de su órbita y del fiel cumplimiento por los gobernados de las normas y órdenes por ella impartidas”⁷⁴⁷. Ideas similares fueron expresadas en la CENC. Así, Jorge Ovalle señaló en dicha comisión que el orden público “es aquel conjunto de normas y maneras de ser de un pueblo, que configuran su naturaleza esencial y las cuales no pueden ser afectadas”⁷⁴⁸.

En un grado aún más abstracto se ubica la definición de Sergio Diez Urzúa, para quien el orden público es ni más ni menos que

"el medio de la técnica positiva que nos permite ir directamente a las *fuentes reales* del derecho, cuando son insuficientes las fuentes formales para mantener el *orden racional* de la sociedad en un caso dado. Variable, en cuanto sufre las influencias de las aspiraciones del medio social y del dato histórico. Inmutable, en cuanto a su esencia, por estar

⁷⁴⁶ Estas visiones suelen presentar un alto grado de abstracción. Dicho enfoque es común en la doctrina civilista. Así, para Alessandri Rodríguez, el orden público es aquel conjunto de “principios morales, religiosos, políticos, sociales y económicos sobre los que reposa, en un momento histórico dado, la organización de una sociedad y le permite a ésta desenvolverse correcta y adecuadamente” (*Tratado de derecho civil. Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Sexta Edición, 1998, pp. 211-214). Citado en: RAMÍREZ, Johanna. Op. Cit., p. 37.

⁷⁴⁷ SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional. Tomo II*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 225, citado por: JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando. Op. Cit., p. 107.

⁷⁴⁸ Sesión N° 128 de 10 de junio de 1975, citado en: *Ibíd*, p. 107.

basado en el hombre y su destino. Es *superior al legislador* al cual impone sus directivas. Es la expresión del principio ordenador del universo en la técnica positiva"⁷⁴⁹.

Aunque oscurecida por la niebla retórica, esta definición nos permite identificar la verdad detrás de las concepciones meta-jurídicas del orden público. En primer lugar, el autor se refiere a las fuentes reales del derecho, en oposición a sus fuentes formales (se suele incluir en estas últimas a la ley en sentido amplio, a la costumbre, a la doctrina y a la jurisprudencia). No indica cuáles son las fuentes “reales” del derecho, pero podemos intuir que se está refiriendo a la práctica social o política, al poder social que subyace al derecho. Estas fuentes reales, nos dice, serían necesarias para mantener el “orden racional” de la sociedad cuando los instrumentos jurídicos usuales –las fuentes formales- resulten insuficientes. ¿Cuál es ese orden “racional”? El autor no lo explica. Debemos asumir entonces que la definición de la racionalidad del orden le compete directamente a la autoridad que aplique el concepto de orden público. Por tanto, es evidente el carácter decisionista de la definición. Conscientemente o no, el autor ubica al orden público dentro de los atributos del soberano en el sentido schmitteano: aquel que decide sobre el estado de

⁷⁴⁹ DIEZ URZÚA, Sergio. “Algunas consideraciones de la noción de orden público en nuestro derecho civil”, Memoria de prueba, Universidad de Chile, 1947, pp. 86-91. Citado en: RAMÍREZ, Johanna. Op. Cit., p. 47. Las cursivas son mías. Cabe destacar que esta fue la principal definición citada por el gobierno de Sebastián Piñera en el Mensaje de un polémico proyecto de ley que buscaba fortalecer *el resguardo del Orden Público* (Boletín 7975-25), finalmente rechazado por el Congreso en diciembre de 2013.

excepción. Esto porque le otorga al concepto de orden público superioridad incluso respecto del legislador democrático. Si llevamos el argumento a su conclusión lógica, entonces, en nombre del orden público se podría suspender sin problemas la vigencia de la ley.

El problema con todas las definiciones meta-jurídicas del orden público es que se remiten a un conjunto de valores no escritos que conformarían una "estructura paralela a la jurídico-normativa"⁷⁵⁰. A juicio de Juan Carlos Montalvo, esta idea "debe ser rechazada desde un primer momento por su extremo peligro para los derechos y libertades"⁷⁵¹. Por nuestra parte, podemos agregar que poner al orden público por sobre el legislador democrático -o en una estructura paralela a la jurídico-normativa- implica no tomarse la democracia en serio. Por eso es preciso que descartemos de plano las definiciones meta-jurídicas y revisemos aquellas que pretenden integrar el concepto *dentro* del marco jurídico-normativo.

En esta línea, en la doctrina española el mismo Montalvo se propone la elaboración de un concepto de orden público que se enmarque en el orden jurídico constitucional. Para ello, no basta que el orden público sea deducido de la propia Constitución, sino que se debe tener claro que "cualquier limitación a derechos y libertades para la preservación de este último se fundamenta

⁷⁵⁰ MONTALVO, Juan Carlos. "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 22, tomo II, 2010, p. 219.

⁷⁵¹ *Ibíd.*

únicamente en el efectivo ejercicio plenamente garantizado de las primeras"⁷⁵². En este sentido, la defensa de los derechos exige la positivización del concepto, tarea que si bien es compleja, resulta necesaria a la luz del paradigma constitucional:

"si el Orden Público puede ser concebido como limitador de derechos y garantías, lo razonable es que exista una correspondencia concreta en el ordenamiento que legitime este tipo de situaciones. Desviarse de este sencillo esquema implicaría un detrimento en la eficacia de los derechos y libertades fundamentales y dejaría sin operatividad la función garantizadora de la propia Constitución"⁷⁵³.

Claro está que Montalvo nos advierte que, al menos en la Constitución española, no se habría aplicado este exigente criterio, dejándose finalmente la definición del orden público a la mera casuística. Aún así, el autor intenta identificar los elementos que necesariamente deberían componer un concepto constitucional del orden público. Lo interesante es que su análisis lo lleva directamente a la incorporación de elementos materiales, identificando así el núcleo del concepto con la seguridad pública⁷⁵⁴. Se trata, obviamente, de la seguridad en el disfrute de los derechos y libertades establecidos en la Constitución. Esta seguridad está estrechamente conectada con las ideas de

⁷⁵² *Ibíd.*, p. 210.

⁷⁵³ *Ibíd.*, pp. 211-212.

⁷⁵⁴ *Ibíd.*, p. 214.

"seguridad ciudadana" y prevención de la delincuencia, que conforman, a su vez, la esencia de la función de policía en los ordenamientos jurídicos actuales. Sin embargo, el orden público iría un poco más allá en cuanto su *telos* consistiría en asegurar una situación de "normalidad socio-jurídica", cuyo fruto inevitable sería la paz social⁷⁵⁵.

El lector podrá advertir fácilmente que el concepto, a pesar de los intentos de Montalvo, termina mimetizándose con una noción extra-jurídica. En efecto, cabe preguntarse si en aras de la paz un gobierno podría reprimir a aquellos que se le oponen. Muchas veces en la historia la paz ha sido un concepto encubridor de conflictos brutales, como ocurrió con la llamada "pacificación de la Araucanía" en nuestro país. Consciente de esto, Montalvo se apura en especificar que la única forma válida de lograr la paz es a través de los mecanismos constitucionales⁷⁵⁶. La paz constitucional no debería confundirse, pues, con la paz de los cementerios.

En virtud de las consideraciones anteriores, Montalvo define el orden público como "aquella situación y estado de legalidad normal en que las autoridades ejercen las atribuciones que les son dadas y los ciudadanos las respetan y obedecen sin oponer resistencia alguna"⁷⁵⁷. Una vez más, sin embargo, el concepto nos rehúye, por cuanto se nos escapa cuál es esa

⁷⁵⁵ *Ibíd.*

⁷⁵⁶ "Una paz, por ejemplo, derivada del miedo de la ciudadanía a actuar contra un sistema represivo no es respetable ni asimilable a aquella situación de paz social generada a través de un sistema normativo justo que abogue por el respeto a los derechos y libertades y por unos cauces de comunicación recíproca para con el ciudadano", *Ibíd.*, p. 214.

⁷⁵⁷ *Ibíd.*, p. 220.

"legalidad normal" a la que el autor alude⁷⁵⁸. Por eso, el mismo Montalvo agrega, para que no quepa duda, que el componente esencial del orden público es el "respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas"⁷⁵⁹.

Sin embargo, en este caso el orden público parece devenir completamente redundante. ¿Qué le agrega este concepto realmente a la práctica constitucional? ¿No bastaría con que la Constitución indicara que le corresponde a la autoridad *limitar* los derechos constitucionales con la restricción obvia del contenido esencial de los mismos? Si el criterio del español se aplicara en nuestro país, ¿no sería el principio de juridicidad (art. 6° CPR) la mejor garantía del respeto de esos derechos?

Es por esto que muchos autores han abogado por el abandono del concepto de orden público y su reemplazo por la idea de seguridad pública o seguridad ciudadana⁷⁶⁰. En este sentido, Izu Belloso rechaza de plano toda definición formal de orden público en el derecho constitucional y aboga por un

⁷⁵⁸ Por lo demás, ya hemos defendido en este trabajo la posibilidad que tienen los ciudadanos en ciertas situaciones calificadas de oponerse o desobedecer a las órdenes de la autoridad.

⁷⁵⁹ *Ibid.*

⁷⁶⁰ Martí i Jusmet (en su artículo "La seguridad ciudadana", publicado dentro de la obra colectiva *Las grandes ciudades en la década de los noventa*), considera que "la seguridad ciudadana ha venido en sustituir y trascender la vieja noción de orden público -de exclusivas connotaciones represivas y autoritarias resonancias-, anclada en el ámbito de la juridicidad penal, para instalarse en el campo amplio y abierto de las ciencias sociales y de la política de bienestar". Más adelante, especifica que ello, sin embargo, "no debe llevarnos a diluir los contenidos específicos de la seguridad ciudadana en consideraciones omnicomprendivas acerca del bienestar, pues a nuestro entender el núcleo de hierro de la seguridad sigue siendo la delincuencia y la quiebra, real o sentida, de la convivencia". Así, el orden público se sume bajo la égida de la seguridad ciudadana, que si bien se entiende integrada dentro de las políticas de bienestar, se ve reducida en lo concreto a la prevención y represión de la delincuencia, lo que nos retrotrae al concepto material (y restringido) del orden público. Aún así, debemos señalar que, en la actualidad, es el propio concepto de "seguridad ciudadana" el que se ha hipertrofiado, al punto de haberse convertido en una entelequia anti-garantista y fácilmente utilizable por las estrategias de populismo penal. Citado por PLA BARNIOL, Carlos. Op. Cit., p. 317.

concepto de orden público material que debería quedar a su vez subsumido bajo la noción de seguridad ciudadana⁷⁶¹.

En Chile también han habido intentos por elaborar un concepto formal de orden público coherente con el sistema constitucional. Así, por ejemplo, Felipe González Morales⁷⁶², entiende el orden público como una cláusula general del ordenamiento jurídico. Es decir, se trataría, en palabras de Karl Engisch, de "una redacción expresiva de los supuestos de hecho que abarca con gran generalidad un campo de casos y les señala su correspondiente tratamiento jurídico"⁷⁶³. El autor defiende la existencia de estas cláusulas en el ordenamiento jurídico, pero nos advierte que el concepto de orden público "es anterior a las concepciones sobre el estado de derecho"⁷⁶⁴:

"Dado que el concepto de orden público ha sido históricamente utilizado para resguardar la estabilidad de diversos tipos de sistemas políticos -y no solo de sistemas democráticos-, el riesgo de que se desvirtúe es mucho mayor que lo que ocurre respecto de principios o instituciones nacidos junto con el estado de derecho"⁷⁶⁵.

⁷⁶¹ IZU BELLOSO, Miguel. Op. Cit., pp. 18-20.

⁷⁶² Si bien dicho esfuerzo está contenido en su memoria (ya citada) me centraré aquí en un trabajo posterior del autor, en el cual el concepto se encuentra más depurado y aplicado prácticamente: "Hacia la derogación de las normas de desacato en Chile", en: GONZÁLEZ, Felipe (editor). *Libertad de expresión en Chile*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 199-241.

⁷⁶³ *Introducción al Pensamiento Jurídico*, Guadarrama, Madrid, 1967, p. 153. Citado por González en: *Ibid.*, p. 201.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 202.

⁷⁶⁵ *Ibid.*

Al igual que Izu Beloso, González reconoce la existencia de dos acepciones del orden público, una referida a las reglas básicas de la organización política y social (que aquí hemos denominado "formal"), y otra vinculada con la paz y la tranquilidad pública (que aquí hemos denominado "material). A juicio de González *ambas* acepciones operan a nivel constitucional, lo cual produce una "aparente paradoja, puesto que el orden público se presenta como una limitación a los derechos de las personas, al tiempo que su objetivo (en un estado de derecho) es asegurar la estabilidad para el ejercicio adecuado de tales derechos"⁷⁶⁶. De ahí se desprende la función meramente *instrumental* del orden público en el Estado de derecho⁷⁶⁷, lo que redundará finalmente en que las libertades y derechos son limitados no por un concepto provisto de un valor propio sino, en el fondo, por el mismo "juego de las diversas libertades"⁷⁶⁸. Esto requiere, también, que la interpretación constitucional de las atribuciones y competencias de las autoridades encargadas de aplicar el orden público se haga *a la luz* de los derechos y no al revés⁷⁶⁹. Por eso, la eventual tensión entre derechos humanos y el concepto de orden público no ocurre en un plano de igualdad, "sino en una situación en que el orden público queda subordinado a los derechos humanos"⁷⁷⁰.

⁷⁶⁶ *Ibíd.*, pp. 203-204.

⁷⁶⁷ *Ibíd.*, p. 204.

⁷⁶⁸ *Ibíd.*

⁷⁶⁹ "La noción de orden público en un estado de derecho debe atender, entonces, de un modo preferente a los principios formulados en las garantías constitucionales y solo por derivación a las instituciones específicas del sistema, entre otras razones para evitar caer en el formalismo y no perder de vista que los derechos humanos constituyen el telón de fondo". *Ibíd.*, p. 205.

⁷⁷⁰ *Ibíd.*, p. 206.

Tal como ocurre con Montalvo, González termina relegando al orden público a un plano superfluo. En efecto, este concepto "democrático" o "liberal" del orden público no agrega nada al sistema de libertades; simplemente nos indica que a la autoridad le compete asegurar la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos. Ahora bien, ¿cómo tendrá que actuar la autoridad para cumplir este objetivo? La respuesta, en un Estado democrático de derecho, sólo puede ser una: la autoridad deberá actuar respetando en todo momento las garantías establecidas por el ordenamiento jurídico. Entonces, si el concepto de orden público de González está subordinado a los derechos fundamentales, quiere decir que el orden público entendido como cláusula general limitadora de los derechos se termina derrotando a sí mismo. Y si esto es así, ¿cuál es la necesidad práctica de conservar este concepto en un Estado democrático de derecho?

Enfrentados a este callejón sin salida, es preciso que abandonemos definitivamente la concepción formal del orden público y pasemos a analizar su concepción material.

3. 2. 2. El concepto material de orden público

Como ya dijimos, la concepción material identifica orden público con tranquilidad de calle. La definición clásica es de Maurice Hauriou, para quien el orden público es "el estado de hecho opuesto al estado de hecho que es el

desorden. Es decir, una situación exterior de paz y tranquilidad públicas"⁷⁷¹. A esta situación es a la que se refieren las autoridades cuando deciden disolver una marcha por motivos de orden público. Asimismo, es a esto a lo que se refiere el delito de "desórdenes públicos" contenido en el artículo 269 del Código Penal.

Esta concepción relega al orden público a un ámbito específico: el de las conductas exteriores (y observables) en el espacio público. Mediante esta comprensión podemos descartar, en principio, su utilización como argumento validador de la penalización de sujetos peligrosos y sospechosos o de la creación de tipos penales de peligro abstracto. Así, es evidente que este concepto es mucho más acotado que los conceptos formales. Sin embargo, también es evidente que los problemas subsisten. Esto debido a que su vaguedad le permite servir de fundamento para la intervención de la autoridad sobre un amplio abanico de actividades *lícitas* de los ciudadanos. En efecto, si el orden público se identifica con la tranquilidad exterior, cualquier perturbación (como una marcha, el bloqueo de una calle, la toma de un establecimiento educacional o una asamblea en una plaza) podría calificar como una vulneración del orden público.

Lo problemático de la legislación que regula orden público es que a través de ella se regula un "conjunto heterogéneo de conductas atípicas", cuya definición descansa en la discrecionalidad de las policías o de la autoridad

⁷⁷¹ IZU BELLOSO, Miguel. Op. Cit., p. 6.

administrativa a cargo⁷⁷². Se trata de una legislación inspirada, como dice Ferrajoli, en la *razón de Estado* antes que en el Estado de derecho⁷⁷³.

Al igual que en Chile y en España, Ferrajoli critica la constante vulneración por la legislación italiana a la garantía constitucional del derecho de reunión, lo que da cuenta, además, del carácter eminentemente autoritario del concepto. Como en nuestro país, existiría allí una legislación sumamente flexible, de cómoda utilización por parte de la autoridad administrativa para restringir las actividades de sus opositores, como "minas errantes" atravesando el sistema jurídico, y con la particularidad de permitir la "suspensión administrativa de la Constitución", lo que constituye a su vez una "pesada hipoteca sobre el conjunto de garantías legales y constitucionales"⁷⁷⁴. Todo esto coincide con nuestra crítica a la regulación del derecho de reunión en Chile.

Hay un punto, entonces, en que ambos conceptos -material y formal- de orden público se superponen: en la irreductible discrecionalidad de la autoridad para decidir su aplicación. Al mismo tiempo, es evidente que ambos conceptos se han ido reforzando recíprocamente a lo largo de nuestra evolución política.

⁷⁷² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 2009, p. 795.

⁷⁷³ *Ibíd.*, p. 798. La razón de estado es una tradición de pensamiento que tiene su origen en Maquiavelo, y continúa luego en la filosofía política del absolutismo, llegando a su máxima expresión en Hegel, y siendo recogido posteriormente por Carl Schmitt en sus tesis sobre la dictadura y la soberanía, que ya hemos analizado. Ferrajoli define esta lógica como "la justificación de cualquier medio, incluso del más inmoral e ilegal, con el fin igualmente ético de defender al estado de los atentados internos -y no sólo externos- contra su seguridad" (p. 811). A juicio del autor, cuando la razón de estado interviene "para condicionar las formas de la justicia o, peor, para orientar un concreto caso penal, entonces ya no existe jurisdicción sino *otra cosa*: arbitrio policial, represión política, regresión neoabsolutista del estado a formas premodernas" (p. 812).

⁷⁷⁴ *Ibíd.*, p. 800.

Así, en nuestras primeras constituciones se estableció el orden público sólo en su acepción material. En este sentido, la Constitución de 1818 habla del mantenimiento del "sosiego público" como una de las atribuciones de la autoridad (artículo 5º)⁷⁷⁵. Posteriormente, el concepto fue consagrado expresamente por la Constitución de 1822, como una atribución propia del Director Supremo (artículo 106º). En las siguientes dos constituciones, la de 1823 y la de 1828, se mantuvo la noción, pero fue radicada en autoridades de menor jerarquía, como los gobernadores departamentales⁷⁷⁶. Finalmente, es con la Constitución conservadora de 1833 que se radica definitivamente la atribución de conservar el orden público en el Presidente de la República, en términos prácticamente idénticos a los utilizados posteriormente por la Constitución de 1925 y la de 1980⁷⁷⁷. De hecho, es esta última la que más emplea el término, lo que da cuenta de una ampliación del concepto hacia consideraciones más bien formales. ¿Cómo opera este cambio? Aquí deberíamos revisar también la historia constitucional de España, país que ha sido tremendamente influyente en el desarrollo de nuestras instituciones políticas.

En efecto, el concepto material de orden público recogido por nuestros primeros textos constitucionales tiene como base el concepto introducido por la Constitución de Cádiz de 1812. Esta idea persistió a través de la historia

⁷⁷⁵ RAMÍREZ, Johanna. Op. Cit., pp. 68-69.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, pp. 69-70.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, pp. 70-71.

constitucional española, siendo contenida en las constituciones de 1837, 1845, 1869 y 1876. Para Martín Retortillo, "el orden público tal y como se concebía en aquella época (...) es un orden público que se refiere a revueltas, a asonadas, a motines, a levantamientos populares. Es un orden público de partidas y barricadas", lo que le otorga a su vez un carácter excepcional⁷⁷⁸. Esto cambiaría, según el autor, con la "Ley de Orden Público" de 1933, que habría introducido la idea del orden público como cláusula general limitadora de derechos. Sin embargo, la verdadera quiebra de esta noción llegaría con la "Ley de Orden Público" de 1959, dictada en pleno período franquista, que amplió "desorbitadamente" el concepto⁷⁷⁹ hasta convertirlo en una especie de comodín para la intervención de la autoridad en un amplio abanico de actividades. Así, por ejemplo, según dicha ley eran actos contrarios al orden público⁷⁸⁰: la alteración del normal funcionamiento de los servicios públicos, las huelgas, los tumultos en la vía pública, las manifestaciones y reuniones públicas ilegales o que produzcan desórdenes, la apología de la violencia o de la subversión, los atentados a la salubridad pública, excitar a la desobediencia civil, etc. Incluso, en su artículo 2º, letra j), se establecía una cláusula abierta que penalizaba a los que "de cualquier otro modo no previsto en los párrafos anteriores faltasen a

⁷⁷⁸ RETORTILLO, Martín. *La cláusula de orden público como límite -impreciso y creciente- del ejercicio de los derechos*, Madrid, Civitas, 1975, p. 41, tomado de: IZU BELLOSO, Miguel. Op. Cit., p. 8.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, p. 8.

⁷⁸⁰ Esto está recogido de: *Ibid.*, pp. 9-10.

lo dispuesto en la presente Ley o alterasen la paz pública o la convivencia social".

En consecuencia, producto de la hipertrofia franquista, el orden público se mimetizó con el orden jurídico; en otras palabras, se trivializó⁷⁸¹.

La evolución del concepto en nuestro país⁷⁸², por otra parte, va de la mano con el desarrollo del *derecho penal excepcional*⁷⁸³, que tiene su primer antecedente en la llamada "Ley de Defensa de la República" (Decreto Ley 50 de 1932) y que llegaría a un extremo con la "Ley de Defensa Permanente de la Democracia" (Ley 8.987), conocida históricamente como "Ley Maldita". Sin embargo, con la derogación de esa ley el concepto hipertrofiado del orden público en el ámbito penal excepcional no desapareció, sino que mutó en un concepto similar, consagrado en la "Ley de Seguridad Interior del Estado" (Ley 12.927), promulgada el año 1958. Dicha ley fue aplicada en momentos críticos por los tres presidentes democráticos del período posterior, Jorge Alessandri,

⁷⁸¹ *Ibíd.*, p. 10.

⁷⁸² Aquí sigo estrictamente la línea histórica trazada por el profesor Patricio Zapata Larraín en: "El derecho a disentir ante la ley penal. Análisis del artículo 6° letra i) de la Ley 12.927 de Seguridad del Estado", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, N° 2, 1986, pp. 385-387.

⁷⁸³ El rasgo esencial de este derecho es que se sustrae de las características más importantes del derecho penal liberal, propio del Estado de derecho. Desde el punto de vista del derecho penal, esta legislación suele introducir tipos bastante amplios o en blanco, a la par que introduce elementos subjetivos (Ferrajoli habla de una "antijuricidad sustancial"). Desde el punto de vista del proceso, incorpora elementos inquisitivos, suspende ciertas garantías -como la presencia del abogado defensor en todas las etapas del proceso, desde la detención misma hasta el término del juicio-, utiliza medidas preventivas o cautelares en el transcurso del proceso, vulnerando la presunción de inocencia, altera la carga de la prueba o permite incorporar pruebas ilegítimas, como la confesión sacada por medio de apremios o la inclusión en el juicio de testigos sin rostro (caso de nuestra Ley Antiterrorista). Todo esto conforma lo que Ferrajoli ha llamado la "mutación sustancialista" del modelo de legalidad penal, donde el derecho penal es visto como un instrumento más dentro de una lucha general entre el Estado y ciertos tipos de delincuencia. Así, se abultan los delitos políticos y las atribuciones policiales para perseguirlos. Es más, dice Ferrajoli, se pretende convertir a los magistrados en apéndices de la policía. Véase: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, Op. Cit., pp. 816-828.

Eduardo Frei y Salvador Allende. Sin embargo, siempre se entendió como una ley de aplicación excepcional. Fue la dictadura la que amplió su radio de acción, con diversas reformas, llevadas a cabo entre 1973 y 1983. Con esta estrategia el régimen pudo otorgarle a sus actos represivos un barniz legal. Es evidente, sin embargo, que se trató solo de un "barniz", ya que la legislación penal excepcional se aplicó en este período como si constituyera la regla.

Así, la "Ley de Seguridad Interior del Estado" para el año 1983 guardaba múltiples similitudes con la "Ley de Orden Público" dictada por Franco en 1959. Por ejemplo, el artículo 6°, letra i) indicaba: "Cometen delito contra el orden público: ... Los que sin autorización fomenten o convoquen a actos públicos colectivos en calles, plazas y demás lugares de uso público, y los que promuevan o inciten a manifestaciones de cualquier otra especie que permitan o faciliten la alteración de la tranquilidad pública"⁷⁸⁴.

Cabe mencionar que este artículo fue introducido por el régimen militar para justificar legalmente la represión de quienes convocaran o participaran en las jornadas de protesta iniciadas aquel año y que marcaron el tono de lo que serían los últimos años de la dictadura. Además, es útil mencionar que es este artículo el que se utilizaba para penalizar las contravenciones a lo estipulado por el D. S. 1.086 que regula el derecho de reunión. Por eso es que si contrastamos directamente dicho decreto con el artículo 19, N° 13, no encontraremos ninguna referencia al orden público: este último operaba como

⁷⁸⁴ Artículo introducido por la Ley 18.256, de 27 de octubre de 1983.

un elemento subrepticio, como una "mina errante" del derecho penal excepcional.

Patricio Zapata califica este tipo penal, siguiendo a la doctrina alemana, como un "delito de peligro de nuevo cuño", ya que "la ley no exige ni espera la puesta en peligro del bien jurídico protegido, bastando que el autor omita adoptar ciertas medidas de precaución predeterminadas por la ley"⁷⁸⁵. Así, se termina sancionando "a quien ejerce un derecho", lo cual es obviamente inconstitucional⁷⁸⁶. Lo interesante de esta constatación es que no es necesario recurrir a un contraste entre la realidad legal y la realidad física del régimen; su incongruencia se ubica en el nivel de sus propias leyes. Así, si el orden público tenía la capacidad de "vencer" a los derechos constitucionales, quiere decir que el orden público en este período era el concepto supremo de la Constitución. Esto explica, también, la ampliación de las materias reguladas por cláusulas de orden público en la Constitución de 1980 y la deriva doctrinaria hacia posturas de corte meta-jurídico.

Al respecto, es interesante notar la importancia que tuvo esta noción hipertrofiada del orden público en la creación del estado de emergencia, innovación de nuestra última Carta Fundamental. Su origen proviene de una opinión planteada por Luz Bulnes en una de las sesiones de la CENC, quien propuso ampliar las hipótesis de actuación presidencial a situaciones de conmoción interior que no alcanzaran la gravedad necesaria para declarar el

⁷⁸⁵ ZAPATA, Patricio. Op. Cit., p. 393.

⁷⁸⁶ *Ibíd.*, p. 394.

estado de sitio. Nótese que el ejemplo proporcionado por la profesora fue el caso de una huelga en una industria⁷⁸⁷. Fue finalmente Jaime Guzmán quien propuso la creación de un estado de excepción intermedio entre el estado de sitio y el de catástrofe, al que denominó en primera instancia "estado contra la subversión latente"⁷⁸⁸, lo cual dice bastante acerca de la finalidad del precepto.

El estado de emergencia subsiste hasta el día de hoy⁷⁸⁹. Las dos hipótesis que autorizan al Presidente de la República a aplicarlo son: la grave alteración del orden público y el grave daño para la seguridad de la Nación (artículo 42, inciso 1°, CPR). Su gran particularidad es que no requiere acuerdo del Congreso (como el estado de sitio) y afecta directamente las libertades de locomoción y de reunión (artículo 43, inciso 4°, CPR), con una duración máxima de 15 días, prorrogables (para la prórroga sí se requiere la intervención del Congreso). En todo caso, aquí se vislumbra claramente que la conservación del orden público es una atribución arraigada en la función de gobierno, sujeta a la discrecionalidad del Presidente de la República. En este sentido, el concepto penal y político del orden público se superponen.

⁷⁸⁷ Todo esto en: RAMÍREZ, Johanna. Op. Cit., p. 79.

⁷⁸⁸ *Ibíd.*

⁷⁸⁹ Cabe mencionar que los preceptos que lo regulan fueron modificados por la Reforma constitucional de 2005, haciendo sus disposiciones menos lesivas para los ciudadanos. Aún así, es posible argumentar que el núcleo esencial de los estados de excepción, conserva aún su impronta dictatorial. Véase: TEJOS, Álvaro. "Estado de excepción constitucional", Revista de Derecho Público, Vol. 68, Santiago, 2006, pp. 130-149.

3.3. Hipótesis sobre el orden público en nuestro ordenamiento.

La pregunta que cabe hacerse es si la hipertrofia del concepto es algo que ocurre sólo a partir de la noción formal (meta-jurídica) del orden público o si el concepto material también es susceptible de expansiones indebidas. Nuestra hipótesis es que el orden público tiene un componente irreductiblemente autoritario; por ende, cualquier intento de construir una noción "democrática" de orden público expresa un contrasentido. No digo que no sea posible, mediante una positivización clara de las conductas comprendidas en él, llegar a un concepto de orden público que sea compatible en algún grado con el ordenamiento democrático, pero el orden público en sí mismo no es una institución propia de la democracia, sino del absolutismo.

Por eso, en la evolución constitucional de este concepto, no podemos hablar solamente de una deriva autoritaria. Si bien Franco en España y Pinochet en Chile comparten el dudoso mérito de haber llevado el orden público a su extremo más autoritario, me parece que este concepto nace con una ambigüedad insalvable. A nuestro juicio, ambas deformaciones autoritarias pueden sentirse legítimas herederas de una lamentable tradición del constitucionalismo español, que concibió desde un principio al orden público como "cláusula de habilitación general a favor del Rey", la cual le permitía "mantener una serie de potestades y atribuciones con reminiscencias del Antiguo Régimen"⁷⁹⁰. Así, en el discurso preliminar a las Cortes de Cádiz, don

⁷⁹⁰ IZU BELLOSO, Miguel. Op. Cit., p. 7.

Agustín de Argüelles perfilaba a la figura del Rey como una “autoridad verdaderamente poderosa (...) suelta de todo cargo y, por tanto, sagrada e inviolable en obsequio del orden público”⁷⁹¹.

Repasemos lo que hemos visto hasta ahora. Empezamos esta sección con una crítica de las concepciones meta-jurídicas del orden público. Al respecto, Sergio Diez decía que el orden público era superior al legislador. Pero, ¿qué era precisamente lo que se ubicaba por sobre el legislador democrático? Vimos que no podía ser realmente un concepto jurídico o un principio político del Estado democrático de derecho. Se trataba, más bien, de un concepto que va en la línea de la "razón de Estado" o, mejor dicho, de la utilización de la fuerza del Estado para mantener la estructura social. Aquí volvemos a las consideraciones que hicimos al inicio de este capítulo. Toda noción formal de orden público supone una estructura social subyacente que merece protección y justifica la intervención de los poderes sociales aún en contra del legislador democrático.

A pesar del intento de los autores que abogan por nociones formales juridificantes –definiendo el orden público como cláusula general preservadora de los derechos fundamentales y del ordenamiento democrático- el concepto no logra ser purificado de su contenido absolutista, ya que al presentarse como salvaguarda de la democracia y los derechos fundamentales le permite a quien lo esgrime imponer por la fuerza *su* concepto de la democracia y los derechos

⁷⁹¹ Citado en: LAZÚEN ALCÓN, María Piedad. Op. Cit., p. 761.

fundamentales. Esto pugna con la idea misma de democracia, en la cual el orden es –como vimos en el capítulo IV- frágil y en permanente construcción. Si, por el contrario, el orden público debe considerarse en términos concretos como salvaguarda de los derechos, como forma de ser efectiva de los derechos, entonces su conceptualización deviene irrelevante porque no agrega nada al paradigma constitucional de los derechos fundamentales.

Pareciera entonces que, en principio, el único concepto de orden público que puede ser salvado desde el punto de vista democrático y también desde el punto de vista de su utilidad práctica, es el orden público material. Sin embargo, el problema de la vaguedad del concepto subsiste. Esto es, por cierto, un problema transversal a todos los conceptos jurídicos. Sin embargo, debido a la raigambre autoritaria del precepto, en este caso las posibilidades de abuso se evidencian mayores. Esto último ha sido ratificado por nuestro análisis de la evolución histórica de la institución en nuestro país, y también en España, país utilizado generalmente por nuestros juristas como modelo a seguir.

Si, a pesar de todos estos inconvenientes, no podemos contar con que la noción de orden público desaparezca en el mediano plazo de nuestra legislación penal y constitucional, al menos debemos plantearnos con seriedad la tarea doctrinaria de su delimitación. Por esto es que debemos descartar cualquier noción formal del orden público. Así, habría que definir el orden público como un bien colectivo establecido por la Constitución, consistente en el mandato que tiene la autoridad (principalmente el Presidente de la República y,

de manera *derivada*, las Fuerzas de Orden) de asegurar la tranquilidad de los ciudadanos en las calles y otros lugares públicos, en la medida de lo posible. Dicha tranquilidad consiste, a su vez, en la posibilidad de ejercer nuestros derechos en el espacio público sin ser injustamente afectados por terceros. Que un tercero nos afecte injustamente significa que ese tercero no tiene derecho a realizar la actividad que nos afecta. Esto se traduce en el mandato constitucional que tiene la autoridad de perseguir la comisión de delitos en el espacio público o cualquier acción violenta de un grupo de ciudadanos contra otro. Aquí se nota el carácter irreductiblemente estatista del orden público, en cuanto principio encaminado a impedir que otros grupos sociales fuera del mismo Estado se arroguen el uso de la fuerza. En este sentido, el orden público puede convivir con la protesta (en cuanto manifestación no violenta del disenso), si bien siempre habrá algún grado de tensión entre ambos. En cambio, dicha convivencia no será posible con los actos de resistencia o revolución, ya que ambos implican la utilización de la violencia para conseguir sus fines, y los últimos buscan explícitamente la modificación radical del orden estatal vigente, del cual el principio de orden público es un instrumento.

3. 3. 1. Libertad de tránsito y orden público

La libertad de tránsito o circulación no es, como tal, una parte integrante del orden público, sino que es un derecho con un ámbito propio de protección, que debe ser ponderado con la protesta, tal como lo hicimos en el capítulo

anterior. La libre circulación sólo se convierte en objeto del orden público cuando alguien realiza una actividad que la lesiona sin tener derecho a ello o haciendo un uso abusivo de ese derecho. Sin embargo, he aquí lo medular, la definición de la situación de "abuso" no puede comprender de buenas a primeras las manifestaciones de disenso y otras actividades participativas de los ciudadanos, sino que es preciso establecer si estas se encuentran operando dentro del ámbito señalado por la Constitución. Por ejemplo, supongamos que una marcha debía disolverse a las tres de la tarde, pero la gente -entusiasmada por algún orador- se queda en el acto final media hora más. ¿Corresponde aquí que la autoridad disuelva la marcha? A nuestro juicio, mientras la gente no utilice armas ni actúe de manera violenta, la autoridad no tendría un mandato constitucional para disolverla. Ahora bien, si dicha reunión se extendiera hasta una hora *peak*, y utilizara la principal arteria de la ciudad, impidiendo el regreso a sus hogares de una gran cantidad de personas, el tema se complicaría, pero no en razón del orden público -ya que la reunión seguiría siendo legítima- sino en razón de la colisión del derecho de reunión con la libertad de circulación de otros ciudadanos.

Por otro lado, en la ponderación de bienes y derechos, es claro que las manifestaciones de disenso y las actividades político-participativas deben tener cierta preponderancia por tratarse de actividades esenciales para la democracia. Esto no quiere decir que los derechos asociados con estas actividades deban vencer siempre a otros derechos, como la libertad de

circulación, pero sí es evidente que -en el marco de la disputa por los lugares públicos- esta última es más fácil de satisfacer que los primeros⁷⁹². Los primeros requieren, para ser efectivos, de cierta visibilidad, como hemos señalado en los capítulos precedentes.

En fin, la ponderación entre los derechos asociados a la protesta y el orden público material debe hacerse teniendo en cuenta que los primeros tienen una precedencia *prima facie* sobre este último. Por lo tanto, cualquier argumentación en favor del orden público debe ser capaz de insertar este concepto en el régimen democrático y de responder a las críticas que hemos esbozado en estas páginas.

Así, rechazando toda noción apriorística del orden público, debemos preguntarnos qué acciones, qué actividades de los ciudadanos podrían amenazar, por un lado, la construcción democrática del orden, y por otro, afectar los derechos de terceros sin generar ningún beneficio a dicha construcción. Es decir, debemos definir cuándo podríamos encontrarnos ante un ejercicio abusivo del derecho a la protesta. En este sentido, el problema del orden público es reconducido directamente al problema concreto de la violencia, que trataremos en el próximo apartado.

⁷⁹² Véase: supra., capítulo V, sección B), párrafo 1.3.3.

B) EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA

Comenzaremos con una obviedad: los actos de violencia no se encuentran protegidos por nuestra Constitución. Mejor dicho: estando radicado el monopolio de la violencia en el Estado, la Constitución prohíbe la utilización de la violencia por cualquier poder que no sea el poder público, impidiéndose - de ser necesario mediante el uso de la fuerza- que cualquier persona, grupo o entidad aparte del Estado se arroge su utilización. Esto se hace mediante la amenaza de sanciones civiles y penales para quienes ejerzan la violencia

Sin embargo, este principio no es absoluto, ya que existen diversas situaciones en las cuales el individuo se encuentra autorizado al uso de la violencia. Se trata de ciertos casos específicos de permisión de la autotutela, como la "legítima defensa" o el "estado de necesidad". Aún así, aquí se aplica lo que advertía Max Weber: "Lo específico de nuestro tiempo es que a todas las demás asociaciones e individuos sólo se les concede el derecho a la violencia física en la medida en que el Estado lo permite. El Estado es la única fuente del *derecho a la violencia*"⁷⁹³.

Este monopolio del Estado tiene, por cierto, un arsenal de argumentos a su favor. Por un lado, los teóricos del absolutismo -como Hobbes y Bodino- argumentaron que sólo una entidad que concentrara la totalidad de la fuerza al

⁷⁹³ WEBER, Max. *El político y el científico*, Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2008, p. 12.

interior de un país podía asegurar a sus súbditos la paz que todos, en aquella época, anhelaban. Ya hemos visto cómo el absolutismo se erigió, en los hechos, en la única alternativa efectiva al caos social provocado por las guerras de religión. Por otro lado, los teóricos del Estado de derecho, en aras del mismo ideal de paz, se han enfocado en la aptitud de este tipo de Estado para *minimizar* la violencia. Para Ferrajoli, se podría definir incluso al Estado de derecho como "el sistema político basado en la disciplina legal y el monopolio de la fuerza, con la pretensión de excluir o, al menos, minimizar la violencia en las relaciones interpersonales"⁷⁹⁴.

En este punto, el Estado de derecho se conecta estrechamente con la democracia, que para Ferrajoli constituye precisamente "una técnica de convivencia que persigue solucionar no violentamente los conflictos"⁷⁹⁵. Y es que la violencia puede ser constitutiva del Estado, pero no de la democracia. La democracia tiene un *telos* específicamente no-violento; su utilidad estriba en ser, al menos en el plano de los principios, la forma política más idónea para el aseguramiento de la paz social, en cuanto respeta la dignidad de todos los seres humanos por igual y se opone a las formas políticas sustentadas en la dominación. Por eso, del encuentro entre el Estado de derecho y la democracia surge un nuevo paradigma enfocado en el disciplinamiento de los poderes públicos (y privados). A diferencia del paradigma absolutista, aquí el imperativo de la minimización de la violencia se aplica también para el propio Estado, que

⁷⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. "La legalidad violenta" en: *Democracia y garantismo*, Op. Cit., p. 175.

⁷⁹⁵ *Ibíd.*

se auto-obliga a respetar los derechos fundamentales de sus ciudadanos: "en un Estado democrático de derecho no debiera existir más violencia legal que la estrictamente necesaria para controlar otras formas de violencia, evidentemente ilegales, más graves y vejatorias"⁷⁹⁶.

Cualquier análisis de la violencia en el marco de la protesta debería considerar los principios apuntados por Ferrajoli. La violencia es un problema, entonces, para *ambos* lados: para los manifestantes y para la autoridad encargada de contenerlos. Por eso en este apartado revisaremos estos dos aspectos. Sin embargo, si queremos hacer una crítica de la violencia, tenemos que aclarar previamente su concepto.

1. Definiciones filosóficas de violencia

La violencia es un concepto especialmente difuso. Está claro que tiene un núcleo que todos podemos reconocer -la coacción física-, pero también es obvio que existe una serie de acciones que no sabríamos si calificar de violentas o no. ¿Qué ocurre, por ejemplo, con los insultos, las amenazas, los actos moralmente reprochables (un padre o una madre que abandona a su familia, por ejemplo) o los problemas de la estructura social (como los sueldos bajos)?⁷⁹⁷

⁷⁹⁶ *Ibíd.*

⁷⁹⁷ KLEY, Andreas. "Monopolio estatal de la violencia. Origen y futuro en términos de historia de las ideas" (Traducción de Jesús Gualdrón), *Revista Pensamiento Jurídico*, N° 28, Universidad Nacional de Colombia, 2010, p. 220.

La palabra violencia proviene del latín *violentia* que se descompone en la palabra *vis*, que significa fuerza, y el sufijo *lentus*, que se refiere a todo lo que tiene un valor continuo. Así, la violencia podría definirse etimológicamente como la propiedad del que continuamente hace uso de la fuerza⁷⁹⁸. Con la evolución del término se llegó a considerar no sólo la idea de sujeto violento o de la condición general de la violencia, sino que a ciertas acciones individuales o aisladas se las empezó a considerar como violentas. En el caso alemán, la palabra violencia (*Gewalt*) se confunde con la idea de dominación (*Gewalt* puede utilizarse para designar tanto la violencia como el poder). Sólo en los últimos tiempos su significado se ha desplazado en dicho idioma desde la "dominación imbuida en el orden jurídico" hasta la idea más concreta de "coacción física"⁷⁹⁹. En todo caso, la vinculación entre violencia y poder ha sido una constante en los análisis académicos sobre la violencia.

1.1. Georges Sorel

Sorel fue el primer autor en preocuparse seriamente de este asunto. Él decía que era preciso distinguir claramente entre fuerza y violencia. La primera correspondería al Estado, mientras que la segunda sería propia de los grupos insurreccionales. En este sentido, decía, la fuerza "tiene por objeto imponer la

⁷⁹⁸ Véase: <http://etimologias.dechile.net/?violencia> (visitado por última vez el 13/03/2014).

⁷⁹⁹ *Ibíd.*, pp. 220-221.

organización de un cierto orden social en el cual una minoría es la que gobierna, en tanto que la *violencia tiende a la destrucción de ese orden*"⁸⁰⁰.

¿Cómo se manifiesta dicha violencia? A juicio de Sorel, ella se manifiesta en la *huelga general proletaria*, entendida como una huelga sindicalista, pero de carácter total y no tan sólo sectorial⁸⁰¹. Esta huelga tampoco debe confundirse con la huelga general política, motivada por los llamados "partidos revolucionarios", ya que dicha huelga tiene como fin la reestructuración del orden y no su destrucción.

Es interesante notar que, para el autor, no es necesario que los revolucionarios coaccionen físicamente a la clase burguesa; para él lo relevante de la violencia es su rol disgregador del poder. La inacción de los obreros tendría un efecto más potente para el sistema que pasar a los capitalistas por la guillotina. Esto no quiere decir que Sorel descarte la violencia física, sino que ella no es lo esencial⁸⁰². Lo importante es que debe ser una violencia encaminada no a la construcción de un orden nuevo -lo que implicaría replicar

⁸⁰⁰ SOREL, Georges. *Reflexiones sobre la violencia*, Buenos Aires, Editorial La Pléyade, 1973, p. 178.

⁸⁰¹ *Ibid.*, pp. 182-185. Sorel entiende a la huelga general no como una realidad práctica, en el sentido de que se haya hecho efectiva alguna vez, sino como un mito práctico, un mito revolucionario capaz de movilizar a las masas proletarias: "La experiencia nos prueba que las imágenes de un porvenir indeterminado en el tiempo pueden poseer una gran eficacia y escasos inconvenientes, si revisten cierta naturaleza. Esto tiene lugar cuando se trata de mitos en los cuales se reencuentran las más fuertes tendencias de un pueblo, de un partido o de una clase, tendencias que se posesionan del espíritu con la insistencia de los instintos en todas las circunstancias de la vida, y que otorgan un aspecto de plena realidad a las esperanzas de acción próxima sobre las cuales se funda la reforma de la voluntad" (pp. 125-126).

⁸⁰² "No tuve nunca por el *odio creador* la admiración que le ha consagrado Jaurès. No siento por los guillotinos las mismas indulgencias que él, y tengo horror por toda medida que golpea al vencido bajo una apariencia judicial. La guerra llevada a plena luz, sin la menor atenuación hipócrita, con el fin de destruir a un enemigo irreconciliable, excluye todas las abominaciones que han deshonrado la revolución burguesa del siglo XVIII". *Ibid.*, p. 298.

los mecanismos de fuerza de la burguesía- sino a la destrucción del Estado. En este sentido, la huelga general proletaria participa de la lógica de la guerra⁸⁰³.

1.2. Walter Benjamin

En su célebre artículo "Para una crítica de la violencia" ("Zur Kritik der Gewalt", 1921), Benjamin llega a un análisis aún más profundo del fenómeno de la violencia y su vinculación con el derecho y la justicia.

Su primera constatación es que la violencia debe ser entendida, en principio, dentro del "dominio de los medios" y no en el de los fines⁸⁰⁴. Sin embargo, a diferencia de las consideraciones usuales del derecho natural, para Benjamin no se trata de comprobar la justicia o injusticia de los fines a los cuales la violencia sirve. Lo que debe ser analizado es si la violencia, en sí misma, es un medio ético para conseguir algún fin. Ante esta ceguera del derecho natural, Benjamin posa sus ojos sobre el derecho positivo, que se centra precisamente en la crítica de los medios. Así, nos dice el autor: "El

⁸⁰³ Una concepción similar se aprecia en las ideas de Pierre Clastres sobre la antropología de las sociedades primitivas. Advirtiendo que dichas sociedades viven en una situación de guerra permanente, el autor identifica la esencia de ese belicismo en un anhelo profundo de dispersión y disgregación, que contrasta con cualquier intento de unificación. A esta visión se opone el discurso hobbesiano del Estado absoluto: "Incapaz de pensar el mundo primitivo como un mundo no natural, Hobbes fue, como contrapartida, el primero en ver que la guerra no puede pensarse sin el Estado, que uno debe pensarlos en una relación de recíproca exclusión. Para él, el lazo social se instaura entre los hombres gracias a ese "poder común que tiene a todos a su merced": *el Estado está en contra de la guerra*. ¿Qué es lo que aporta como contrapunto la sociedad primitiva, en tanto espacio sociológico de la guerra permanente? Repite, invirtiéndolo, el discurso de Hobbes, proclama que la máquina de dispersión funciona contra la máquina de unificación, nos dice que *la guerra es contra el Estado*". CLASTRES, Pierre. *Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas*, Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2009, pp. 78-79.

⁸⁰⁴ BENJAMIN, Walter. "Para una crítica de la violencia", en: *Conceptos de filosofía de la historia*, Buenos Aires, Agebe, 2011, p. 57.

derecho natural tiende a "justificar" los medios legítimos con la justicia de sus fines, el derecho positivo a "garantizar" la justicia de los fines a través con la legitimidad de los medios"⁸⁰⁵.

La superioridad del derecho positivo respecto del derecho natural consiste en que, al ubicarse dentro del dominio de los medios, puede diferenciar entre una violencia legítima y una violencia ilegítima, lo que, dicho en términos positivistas, se confunde con la dicotomía entre violencia legal (autorizada por el ordenamiento) y violencia ilegal (no autorizada por el ordenamiento). A partir de esta diferenciación Benjamin elabora su crítica.

Benjamin constata que la violencia legal es casi siempre la violencia estatal, mientras que la violencia ilegal es casi siempre la violencia de los particulares. Una vez más, notamos como trasfondo de la crítica el monopolio de la fuerza del Estado. Ahora bien, la pregunta que se hace Benjamin es por qué la violencia de los particulares representa una amenaza tan grave para el derecho estatal. Para contestar dicha pregunta, Benjamin dice que es necesario sumergirse en aquellos ámbitos donde el Estado sí permite la violencia de los particulares⁸⁰⁶. Para Benjamin, "La clase obrera organizada es hoy, junto con los estados, el único sujeto jurídico que tiene derecho a la violencia"⁸⁰⁷. Este "derecho a la violencia" se manifestaría, a su vez, en el derecho a huelga.

⁸⁰⁵ *Ibíd.*, pp. 58-59.

⁸⁰⁶ *Ibíd.*, p. 62.

⁸⁰⁷ *Ibíd.*

Benjamin es consciente de que no se suele calificar de violentas a las meras abstenciones, como son las huelgas laborales. Sin embargo, le parece que el elemento violento puede aparecer en la forma de la extorsión⁸⁰⁸.

Aquí se inserta una constatación fundamental: la violencia -si bien se ubica dentro del reino de los medios- no es un "mero" medio, ya que ella posee un carácter *fundacional*, ella es capaz de crear condiciones de derecho nuevas o modificar las existentes. Pensemos en las huelgas y los posibles enfrentamientos entre los trabajadores y la policía. Independientemente de dichos enfrentamientos, el resultado final del proceso suele ser un mejoramiento en las condiciones de los huelguistas. Si bien ocasionalmente puede darse un recrudecimiento del abuso laboral, lo relevante en ambos casos es que la situación original se ve modificada.

Benjamin compara esto con lo que ocurre en el derecho de guerra. Toda guerra viene sucedida por una ceremonia de paz. Esto quiere decir que el enfrentamiento genera nuevas condiciones jurídicas que son reconocidas y, en principio, respetadas por el bando derrotado: "Y si es lícito extraer de la violencia bélica, como violencia original y prototípica, conclusiones aplicables a toda violencia con fines naturales, existe por lo tanto implícito en toda violencia un carácter de creación jurídica"⁸⁰⁹.

⁸⁰⁸ *Ibíd.*

⁸⁰⁹ *Ibíd.*, p. 64.

A este carácter fundador se le suma el carácter conservador de la violencia⁸¹⁰. Mediante ella se conserva el orden social vigente. Entonces, no es que la violencia funcione como simple "partera" del derecho; el derecho se sirve continuamente de ella. La violencia conservadora se utiliza para repetir las condiciones que dieron paso a la fundación del orden jurídico. Por ejemplo, en el desalojo de la toma de un establecimiento educacional, la violencia policial replicaría -según esta visión- el "desposeimiento" original del grupo estudiantil que se lo ha tomado. El "restablecimiento" del orden público debe entenderse entonces como refundación concreta del orden jurídico.

Entonces, podríamos decir que no hay para Benjamin una diferencia conceptual entre violencia y derecho. No es sólo que el derecho sea violento; el derecho es esencialmente violencia. Por eso, tanto el carácter fundacional como el carácter conservador de la violencia se encuentran implícitos en la caracterización que hacía Sorel de la "fuerza". Dicha fuerza sólo podía ser conjurada, según él, mediante una *violencia destructora* del orden, que él identificaba con la violencia de la huelga general proletaria. Para Benjamin, esta violencia -en cuanto destructora del derecho- sólo puede ser caracterizada como *no violenta*.

En lo que sigue del texto, el autor busca la definición de una violencia de medios puros, que, tal como la huelga general proletaria de Sorel, sea capaz de romper el ciclo del derecho (el ciclo compuesto por la dominación, la rebelión

⁸¹⁰ "Toda violencia es, como medio, poder que funda o conserva el derecho". *Ibíd.*, p. 69.

del grupo oprimido y la creación de un nuevo orden de derecho que a su vez oprime a un nuevo grupo). En este punto, sin embargo, el texto se torna bastante oscuro, sobre todo para los propósitos de nuestro trabajo, por lo que nos limitaremos a señalar que el autor emplea una sugestiva analogía, denominando "violencia mítica" a la violencia ejercida por el derecho, y "violencia divina" a la violencia revolucionaria orientada a su destrucción⁸¹¹. Por muy relevante que sea este análisis para la crítica, en nuestro caso sólo puede complicar lo que ya hemos avanzado, así que dejaremos estas especulaciones de lado.

⁸¹¹ En principio, la violencia mítica es aprehendida como una violencia que no es un simple medio, sino una manifestación inmediata de la ira de los dioses. Esto lo grafica el autor con el mito de Níobe, en el cual la reina es castigada por Apolo y Artemisa por haberse burlado de la poca descendencia de la madre de éstos, Leto. El castigo es brutal: el homicidio de todos los hijos de Níobe, excepto una de sus hijas, Cloris. La vinculación con el derecho viene dada, sin embargo, por la conexión entre el acto homicida y la culpa de la madre. Esto manifiesta, al igual que en toda la tragedia griega, desde el Prometeo encadenado de Esquilo hasta el Edipo Rey y la Antígona de Sófocles, la inevitabilidad del destino y, como consecuencia, la inquebrantable frontera entre los hombres y los dioses. Esta identificación entre el destino y el derecho (que se manifiesta en la idea de castigo, ya sea como actualidad de la pena o como amenaza latente) es una crítica recurrente de Benjamin a lo largo de su obra. Así, la justicia vendría a ser, en este esquema, "el principio de toda finalidad divina" mientras que el poder sería el "principio de todo derecho mítico" (p. 78). La justicia radicaría, finalmente, en la eliminación futura de toda violencia. Pero si el desafío de eliminar la violencia mítica sólo se puede realizar mediante la violencia, la cuestión es qué tipo de violencia podría servir para llegar a ese "reino de justicia" no violento. Aquí, dice Benjamin, es preciso confrontar la violencia del mito con la violencia de Dios, una violencia completamente destructiva, inmediata. En este punto, el autor se refiere a la masacre de Korah y su bando, un grupo de judíos que se sublevó contra los supremos sacerdotes y que representaría, en este esquema, el clásico ejemplo del pseudo-revolucionario, como lo era el político de partido en el caso de Sorel. Ante la lucha encarnizada entre las facciones, Dios interviene fulminando (quemando vivos) a los 250 amotinados, que luego serían tragados por la tierra para que no quedara rastro de ellos. El hecho es "letal sin derramar sangre" (p. 79), esto es, no hay consecuencias jurídicas de la violencia. La violencia es pura destrucción. Por eso algunos han advertido en este ejemplo una dimensión mesiánica: se requiere un "salto de fe", la creencia firme de que una violencia que no conocemos (no sabemos cómo se manifestará) podrá tener la capacidad de sustraernos de toda violencia en un tiempo por-venir, y que dicha violencia revolucionaria podría constituir el equivalente secular de la violencia divina, que tendría lugar en la historia precisamente para ponerle fin.

Lo relevante de las propuestas de Sorel y Benjamin radica en la identificación entre violencia y derecho. Esto se encuentra en la raíz de lo que en los últimos treinta años se ha denominado "violencia estructural" o "violencia sistémica". Si bien se trata, claramente, de un avance en algunos aspectos, reforzando las posibilidades de la crítica social, estas consideraciones nos podrían llevar a trivializar las consecuencias prácticas (y nefastas) de la violencia, incluso aquella que se dice "revolucionaria". Esto porque una postura como la reseñada no es capaz de diferenciar los diferentes tipos de ordenamiento jurídico que existen. Y es que si bien en el seno del Estado de derecho tenemos la pugna entre propiedad privada y derechos sociales, y podemos entender a la propiedad privada tanto como un efecto de la violencia de la acumulación originaria, como una perenne causa de violencia en el contexto normal de la sociedad, no es lo mismo un Estado de derecho que un Estado autoritario o absolutista.

Asimismo, el carácter expansivo de estas concepciones de la violencia nos puede llevar a desdibujar otros aspectos relevantes de la praxis social. Aquí debemos recordar lo que nos decía Lechner a propósito de las estructuras sociales: la estructura social se afirma por algo más que sólo coacción física. Se nos dirá entonces que el proceso de alienación es violento aún si en él no se aplica coacción física alguna. Sin embargo, independientemente de las etiquetas, lo esencial es entender precisamente en qué consistiría esta

"violencia" sin coacción. Se requiere, pues, de una comprensión más esclarecida de los fenómenos del poder y la política.

1.3. Hannah Arendt

A diferencia de los autores ya estudiados, Arendt separa de manera tajante los conceptos de poder y violencia: "El poder y la violencia son opuestos; donde uno domina absolutamente falta el otro"⁸¹². Aquí es preciso una aclaración previa: Arendt no sostiene que el poder -incluso en estado "puro"- sea un espacio aséptico, que no pueda generar una situación de dominio que limite las libertades de los ciudadanos (especialmente de las minorías), sino simplemente que violencia y poder son cosas distintas.

Así, el poder se caracterizaría por la acción concertada de una pluralidad de personas, mientras que la violencia se podría definir por el uso de *herramientas*, es decir, por su carácter instrumental⁸¹³. Los instrumentos de la violencia son las armas. Por ende, según esta visión, la violencia se identifica con la coacción física producida por una acción armada.

Ahondando en esta dicotomía, Arendt sostiene que el *número* es un factor muy relevante a la hora de caracterizar el poder, ya que el poder de todo gobierno dependería de la fuerza de la opinión, que se hallaría a su vez en proporción con la cantidad de gente que la comparte:

⁸¹² ARENDT. Hannah. *Sobre la violencia*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 77.

⁸¹³ *Ibíd.*, p. 10.

"Una de las distinciones más obvias entre poder y violencia es que el poder siempre precisa el número, mientras que la violencia, hasta cierto punto, puede prescindir del número porque descansa en sus instrumentos"⁸¹⁴.

Por eso Montesquieu habría dicho que la tiranía es "la más violenta y menos poderosa de las formas de gobierno". Así, la forma extrema de poder es la de "Todos contra Uno", mientras que la forma extrema de violencia es la de "Uno contra Todos"⁸¹⁵.

En definitiva, a la hora de definir los conceptos, Arendt nos dice que la palabra "poder" es la "capacidad humana, no simplemente para actuar, sino para actuar concertadamente. El poder nunca es propiedad de un individuo; pertenece a un grupo y sigue existiendo mientras que el grupo se mantenga unido"⁸¹⁶. Frente al poder, plural por naturaleza, se halla la "potencia", que le pertenece al individuo en particular. Así, cuando decimos que un hombre es muy fuerte o poderoso, nos referimos en realidad a su potencia como individuo, pero no al poder, que reside en el grupo.

Por otra parte, la "fuerza" es, para Arendt, un concepto mucho más determinista e inmanejable (inimputable a personas particulares), ya que se

⁸¹⁴ *Ibíd.*, p. 57.

⁸¹⁵ *Ibíd.*

⁸¹⁶ *Ibíd.*, p. 60.

refiere a la "energía liberada por movimientos físicos y sociales"⁸¹⁷. La "autoridad", en tanto, es un término continuamente confundido con los otros, pero que tiene directa relación con la obediencia a un otro, al que reconocemos en una posición superior, merecedor de respeto⁸¹⁸.

Finalmente, la violencia es definida -como ya dijimos- por su carácter instrumental. Pero, ¿para qué se utilizan los instrumentos de la violencia? A juicio de Arendt, para "multiplicar la potencia natural hasta que, en la última fase de su desarrollo, puedan sustituirla"⁸¹⁹. Así, la violencia aparece como fenómeno a partir de la impotencia, de la incapacidad de una persona o de un grupo de personas, de ejercer su voluntad.

Esto es evidente cuando observamos el desarrollo de las marchas que terminan en actos de violencia. Los grupos de manifestantes que deciden utilizar medios violentos suelen ser pequeños y poco concertados, lo que contrasta con el grupo mayoritario (generalmente compuesto por miles de personas) que, a diferencia de la minoría, se siente seguro en su posición, sabedor su propio poder. Asimismo, cuando la fuerza pública disuelve las marchas -lo que también califica como un acto violento- ello da cuenta de su incapacidad de generar obediencia por su propia condición de autoridad, lo que demuestra su falta de poder.

⁸¹⁷ *Ibíd.*, p. 61.

⁸¹⁸ Véase: *supra.*, Capítulo II, párrafo 4.

⁸¹⁹ *Ibíd.*, p. 63.

Aquí hemos puesto en el mismo plano la violencia de los manifestantes con la violencia del Estado, pero es preciso que recordemos, tal como lo hace Arendt, que si bien los medios de la violencia utilizados por el pueblo van desde botellas de cerveza hasta bombas Molotov y pistolas, existe un foso que separa al pueblo del Estado, el cual cuenta con todo un arsenal de armas a su disposición⁸²⁰. Esto implica dos cosas: por un lado, que en nuestro análisis de la violencia siempre debemos estar muy atentos a la violencia estatal. Por otro lado, desde el punto de vista del análisis social, debemos entender que incluso una autoridad violenta puede quedar impotente frente a un contrapoder lo suficientemente organizado. Se podría decir que la fuerza del movimiento estudiantil del año 2011 radicó precisamente en una capacidad organizativa que reflejaba un contrapoder híper desarrollado, al punto que el gobierno de turno - provisto con todos los medios de la violencia- se vio obligado a aceptar, al menos discursivamente, buena parte de sus demandas, y la siguiente elección presidencial giró prácticamente en torno a los temas impuestos por la movilización. Además, aquello nos indica que, incluso en el caso de las acciones revolucionarias, el éxito no tiene que ver tanto con los medios de violencia de los que disponen los rebeldes sino con la *legitimidad* del poder contra el cual se enfrentan:

"Donde las órdenes no son ya obedecidas, los medios de violencia ya no tienen ninguna utilidad; y la cuestión de esta obediencia no es decidida

⁸²⁰ *Ibíd.*, p. 66.

por la relación mando-obediencia sino por la opinión y, desde luego, por el número de quienes la comparten. Todo depende del poder que haya tras la violencia"⁸²¹.

La otra cara de este fenómeno es que el abuso de la violencia por parte de un grupo de poder es capaz de disolver el poder, al restarle legitimidad. Aquí pareciera haber un punto de encuentro entre la visión de Arendt y la crítica de Benjamin, ya que para este último la violencia revolucionaria tenía como fin precisamente la destrucción del poder (se trataba de una suerte de violencia anti-violenta, capaz de acabar con la dominación). Pero lo que ahora nos dice Arendt difiere radicalmente: no es sólo la violencia pura (la violencia no-violenta de la huelga general proletaria o la violencia inmediata y destructiva de Dios fulminando a los levitas) la que destruye al poder, sino que la misma violencia "mítica" o "jurídica" puede destruir el poder que le da sustento, cuando es llevada a su extremo: "La violencia aparece donde el poder está en peligro pero, confiada a su propio impulso, acaba por hacer desaparecer al poder. (...) La violencia puede destruir al poder; es absolutamente incapaz de crearlo"⁸²².

Se ha destacado la ambigüedad del concepto arendtiano de violencia, en el sentido de que, si bien ella se inscribe en el reino de los medios, no es realmente un "simple" medio, por cuanto tiene esa capacidad terrible, ya

⁸²¹ *Ibíd.*, p. 67.

⁸²² *Ibíd.*, p. 77.

apuntada, de destruir el poder⁸²³. De ahí que la idea de una violencia inmediata -medio "puro" o fin en sí misma- descrita por Benjamin, siga siendo atractiva desde el punto de vista filosófico. Análogamente, Arendt propone una política pura, una política que sea un fin en sí misma, o, en otras palabras, una política no-violenta basada en la actuación concertada de una pluralidad de personas. La imagen básica de Arendt es la asamblea, el consejo, estructuras propias de la democracia directa. Por otro lado, la imagen de la violencia "destructora" que proporciona Benjamin es la huelga general proletaria, manifestación también de una forma de "acción directa" de los trabajadores. En definitiva, ambas imágenes se corresponden⁸²⁴.

⁸²³ "Es instrumental, pero no lo es para la labor o el trabajo, sino para la acción, *en la acción*; es esencialmente antipolítica, pero sólo tiene sentido en el ámbito de la política; es un medio para un fin –la continuación de la política con otros medios-, pero puede fácilmente borrar los fines originales que la movían y hacerse autónoma respecto a ellos: convertirse en eso que a veces se llama "un fin en sí misma" –y lo que era una aplicación lineal pasar sin más a ser "espiral de violencia", la violencia que llama a la violencia, la política que es continuación de la guerra con otros medios". GÓMEZ RAMOS, Antonio. "Política sin medios y violencia sin fines: Hannah Arendt y Walter Benjamin sobre la violencia", ensayo disponible on-line en: https://www.academia.edu/5658439/Politica_sin_medios-violencia_sin_fin._Hannah_Arendt_y_Walter_Benjamin_sobre_la_violencia (página visitada el 13/03/2014). Existe una versión para revista que se publicó en la revista de filosofía *Cuaderno Gris*, N° 10, 2012, pp. 187-206.

⁸²⁴ *Ibíd.*, p. 18 y ss. De todas formas, huelga decir que el texto de Benjamin mantiene cierta ambigüedad que impide una correspondencia perfecta. Así, su texto permanece abierto a múltiples interpretaciones, sobre todo debido a la incorporación de ciertas ideas teológicas y místicas. En este sentido, por ejemplo, nos advierte Jacques Derrida: "Lo que (...) encuentro más temible, incluso insoportable, en este texto, (...) es finalmente una tentación que dejaría abierta, y especialmente para los supervivientes o para las víctimas de la «solución final», sus víctimas pasadas, presentes o potenciales. ¿Qué tentación? La de pensar el holocausto como una manifestación ininterpretable de la violencia divina en cuanto que esta violencia divina sería a la vez aniquiladora, expiadora y no-sangrienta (...). El juicio de Dios golpea a los privilegiados, levitas, los golpea sin preaviso, sin amenaza, fulmineamente, y no se detiene frente a la destrucción. Pero el juicio de Dios es también, justamente en la destrucción, purificante, expiador y no se puede dejar de percibir un nexo profundo entre el carácter no sangriento y el purificador de esa violencia.

Cuando se piensa en las cámaras de gas y en los hornos crematorios, ¿cómo oír sin temblar esta alusión a una exterminación expiadora porque no sangrienta? Aterroriza la idea de

Esto nos lleva de vuelta a un tema que ha sido constante en nuestra investigación: la extravagancia democrática. Aquí, se trata, obviamente, de formas de acción que derivan del ideal de la democracia directa. Si bien actualmente nos rige un sistema representativo, ellas son propias de una "forma de ser" democrática que no puede ser obviada. Las mismas tesis arendtianas presuponen algunos elementos propios del paradigma democrático moderno, como la igualdad de todas las opiniones (si las opiniones no fueran iguales, la opinión no podría depender sencillamente del número y, por ende, tampoco podría existir un poder ajeno a la violencia).

Si seguimos las ideas de Arendt, es evidente que la existencia de una política auténticamente democrática se basa en la posibilidad de la no-violencia, en la tesis del poder puro o de la política como "fin en sí mismo". Si, moviéndonos del plano conceptual, pasamos ahora al plano normativo, también es claro que la proscripción de la violencia en el ámbito público es un requisito necesario para la realización de dicha política. Esto conlleva profundas consecuencias tanto para los movimientos sociales como para la institucionalidad política.

una interpretación que haría del holocausto una expiación y una firma indescifrable de la justa y violenta cólera de Dios.

Es en ese punto cuando este texto, a pesar de toda su movilidad polisémica y todos sus recursos de inversión, me parece finalmente que se asemeja demasiado, hasta la fascinación y el vértigo, a aquello mismo contra lo que hay que actuar y pensar, contra lo que hay que hacer y hablar". Véase: DERRIDA, Jacques. "Nombre de pila de Walter Benjamin", en: Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad", Madrid, Tecnos, 1997, pp. 69-151 (versión en línea de "Derrida en castellano, disponible en: http://web.archive.org/web/20071011123257/http://jacquesderrida.com.ar/textos/walter_benjamin.htm).

Por un lado, la legitimidad democrática requiere de una acción social que prescinda en lo posible de la violencia, y que se proponga incluso depurar su discurso de los llamados a la violencia; por otro lado, se requiere que la autoridad -que cuenta con el monopolio de la violencia- utilice sus medios violentos lo menos posible y predefina criterios claros de actuación -transparentes para todos los involucrados- en caso que los particulares rompan con este pacto de convivencia cívica. En fin, como veremos en los puntos siguientes, si bien el derecho a la protesta termina cuando se ejerce violentamente, la crítica de la violencia no puede enfocarse solamente en los particulares rupturistas; ella debe apuntar, también, e incluso con mayor fuerza, a la autoridad que abusa de sus instrumentos.

2. La violencia de los manifestantes

En este breve apartado expondré algunos criterios básicos para lidiar con la violencia de los manifestantes. Sin embargo, debo aclarar que esta exposición no busca ser exhaustiva y que el problema de la violencia se resuelve generalmente en una praxis casuística. Por tanto, una evaluación como ésta, de carácter eminentemente teórico, sólo puede tener una relevancia limitada. Reconozco, además, que muchas de estas ideas serán consideradas insuficientes por los estudiosos del fenómeno de la violencia política o social y particularmente por los estudiosos del derecho penal. En efecto, para complementar este análisis urge una (re)evaluación profunda de los delitos que

se suelen asociar al ejercicio del derecho a la protesta, delitos que en muchos casos constituyen residuos de viejas disposiciones autoritarias.

En todo caso, lo que se intenta delinear a continuación son las consecuencias de dos principios básicos: primero, que la violencia de los manifestantes se encuentra *fuera* del ámbito de protección del derecho fundamental a protestar, lo que implica que -desde el punto de vista de la protesta- el uso de la violencia es ilegítimo. Esto no quiere decir que la utilización de la violencia será siempre inválida, sino que sólo podrá tener validez en base a un criterio extra-jurídico (o de legitimación externa) que exceda por tanto a la protesta social, como ocurre con la justificación de la violencia en el derecho de resistencia.

En segundo lugar, se requiere una definición acotada de la violencia para evitar el peligro de discrecionalidad en la aplicación de las medidas de policía para controlar el orden público. Y es que si el orden público subsiste en nuestro sistema como un bien colectivo estatuido directamente en la Constitución, la única justificación para su aplicación y para la consiguiente afectación del derecho a protestar consiste en un criterio material de carácter bastante acotado: la violencia no autorizada por el orden constitucional, es decir, la violencia de los manifestantes respecto de terceros o de las autoridades. Pero si son las autoridades mismas las que definirán cuándo estaremos frente a una situación de "violencia" este concepto también debe encontrarse delimitado al máximo. En el fondo, se deberían aplicar aquí criterios cercanos a los provistos

por el derecho penal clásico. Esto que parece de perogrullo, no es, sin embargo, lo usual en los ordenamientos jurídicos, ni siquiera en los más liberales. Las medidas de policía, como veremos en el próximo punto, suelen conllevar una aplicación no controlada de la fuerza disuasoria del Estado: de ahí que se requiera limitar en lo posible su poder discrecional.

Pasando a lo medular, hemos definido a la violencia como un instrumento. Claro está que, al asumir la noción arendtiana de la violencia como instrumento, no hemos agotado aún los problemas de su conceptualización. Sin embargo, ella tiene la ventaja de ser más susceptible de aplicación en el ámbito jurídico.

Ahora bien, el primer problema que se suscita es si la violencia debe ser definida en términos exclusivamente físicos o si también es preciso definirla en términos psicológicos.

Para Harrop Freeman -autor que ya consideramos en la definición del concepto de desobediencia civil- sería necesario distinguir entre la fuerza - poder físico capaz de producir un cambio en el mundo material o inmaterial-, la coerción -utilización de la fuerza física o intangible (psicológica) para compeler a otro a realizar nuestra voluntad-, y la violencia -aplicación de la fuerza de tal manera que se produce un *daño físico* en la persona sobre la cual se aplica. Frente a estos fenómenos se ubicaría la resistencia, consistente en repeler

física o psicológicamente la acción de fuerza de otra persona (se trataría, pues, del opuesto de la coerción)⁸²⁵.

Estas distinciones analíticas permitirían poner en perspectiva el uso de la violencia y serían consecuentes con el principio liberal del daño (*neminem laedere*). En esta línea, Brian Martin ha definido la violencia como aquellas acciones que producen un daño físico en seres humanos⁸²⁶. En el mismo sentido, Jean-Claude Chénais en *Histoire de la violence* sostiene:

"La violencia en sentido estricto, la única violencia medible e incontestable es la violencia física. Es el ataque directo, corporal contra las personas. Ella reviste un triple carácter: brutal, exterior y doloroso. Lo que la define es el uso material de la fuerza, la rudeza voluntariamente cometida en detrimento de alguien"⁸²⁷.

Ahora bien, si observamos la evolución del derecho –tanto en el nivel constitucional como en el civil-, no puede eludirse que se ha llegado a entender que el concepto de violencia engloba también el daño psicológico. Las personas

⁸²⁵ "Force we may define as physical power to effect change in the material and immaterial world"; "Coercion is the use of either physical or intangible force to compel action contrary to the will of the individual or group subjected to the force"; "Violence is the willful application of force in such a way that it is physically injurious to the person or group against which it is applied"; "Resistance is any opposition either physical or psychological to the will or action of another; it is the defensive counterpart of coercion". FREEMAN, Harrop. "The right to protest and civil disobedience", *Indiana Law Journal*, Vol. 41, N° 2, 1966, p. 229.

⁸²⁶ MARTIN, Brian. "Protest in a liberal democracy", *Philosophy and Social Action*, Vol. 20, N° 1-2, 1994, pp. 13-24 ("Nonviolence' refers to actions which do not by themselves cause physical harm to humans, whereas 'violence' refers to those which do").

⁸²⁷ CHÉNAIS, Jean-Claude. *Histoire de la violence*, Robert Laffond (ed.), París, 1981, p. 12. Citado por: BLAIR TRUJILLO, Elsa. "Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición", *Revista Política y cultura*, N° 32, México, 2009, p. 13.

no se definirían sólo por su cuerpo, sino también –y predominantemente- por su psiquis. En este sentido, el daño psicológico viene dado generalmente por medio de actos cotidianos reiterados, por humillaciones o vejámenes. Es -lamentablemente- usual en el caso de la violencia intrafamiliar y en relaciones asimétricas (como ocurre en el *mobbing* o acoso laboral), pero puede ocurrir también en las relaciones inter-pares, como en el caso del matonaje o *bullying*.

Sin embargo, una noción amplia que comprendiera la violencia psicológica no tendría relevancia para el caso de la protesta, ya que ésta se caracteriza por su carácter contingente, singular, no prolongado en el tiempo (lo que puede o no prolongarse es el "movimiento de protesta") y por el carácter transversal, igualitario, de su composición. Y es que -podríamos aventurar aquí- lo que define a la violencia psicológica es la *reiteración* de la conducta y el sometimiento de una persona a otra en el marco de *relaciones asimétricas* o en las que se manifiesta una *superioridad grupal* (así, también podría constituirse en una relación asimétrica la acción reiterada de un grupo contra un individuo indefenso, a través del ataque verbal o el acoso, como ocurre en el *bullying*).

Por ende, habría que reservar la noción de violencia psicológica para ciertos ámbitos específicos, como las relaciones familiares, laborales y estudiantiles; es decir, la violencia psicológica se daría preferentemente en situaciones cotidianas de socialización. De aquí que la fuerte impresión causada por un grupo de manifestantes que, de manera ocasional, agita

banderas y grita consignas de repudio frente a un tercero no podría constituir, de por sí, un caso de violencia psicológica.

En fin, y teniendo en cuenta estas prevenciones, en este apartado y en el siguiente nos referiremos a la violencia directa, esto es, a la violencia física sobre una persona o un grupo de personas.

Sin embargo, aparte del fenómeno de la violencia grupal o individual, puede haber una situación de amenaza de utilización de la violencia. De aquí que el derecho de reunión, por ejemplo, sólo se admita para las reuniones "sin armas". Y es que las armas, como instrumentos de la violencia, podrían constituir una amenaza para otros ciudadanos, o, por otro lado, una amenaza de sedición o una presión indebida para el gobierno legítimamente constituido. Aquí cabe hacer una prevención: una "actitud" de amenaza no basta para que hablemos de amenaza de violencia física: la amenaza debe venir dada por la existencia de instrumentos o medios específicos que permitan presumir que se los utilizará para infligir un daño en un tercero.

En todos estos casos se podría llegar a configurar una situación en que se rebasara el ámbito de protección del derecho a la protesta. De esta forma, se podría justificar la disolución de la reunión o del grupo violento. Sin embargo, aquí hay que establecer un criterio básico de actuación: no se puede disolver la marcha -afectando a la totalidad de los manifestantes- si es posible separar y eventualmente detener (en caso que se esté jurídicamente autorizado a ello) a quienes actúen con violencia. En este punto, podemos notar que vuelve a

recibir aplicación la máxima de proporcionalidad conceptualizada por Alexy: entre dos posibilidades de actuación debe elegirse la que sea menos desventajosa para el derecho fundamental.

Por otro lado, cabe aclarar que en ningún caso las consideraciones que hemos hecho aquí apuntan a una definición sustancialista del delito o de la antijuricidad: para que se encuentre autorizada la detención de un ciudadano es preciso que dicho ciudadano haya cometido o esté cometiendo un delito, delito que debe estar tipificado en una ley, en base a criterios claramente definidos que reduzcan la discrecionalidad de los aplicadores de la ley al mínimo.

Otro problema usual es qué ocurre con la llamada violencia sobre las "cosas". ¿Es posible que aquello sea calificado como violencia?

Pareciera que aquí el uso del término "violencia" es impropio. A lo más, podríamos calificar a la violencia sobre las cosas como una especie de violencia indirecta. Indirecta en el sentido de que se llega a producir un daño en un tercero, aunque cabe aclarar que se trataría de un daño de un calibre muy distinto al daño físico que define a la violencia directa. Por eso es que en ningún caso deberíamos homologar jurídicamente a quien roba o destruye una propiedad ajena con el que daña física a alguien.

Por cierto, esta distinción no busca ignorar la anti-juricidad o el carácter delictual del daño patrimonial. Sin embargo, es preciso que usemos el término "violencia" sólo cuando sea estrictamente necesario. El problema es conceptual, pero también normativo. Una utilización muy amplia del concepto

podría llevarnos a una vaguedad incompatible con los estándares jurídicos de un Estado de derecho. Por eso hemos dicho antes que el concepto de violencia puede ampliarse perfectamente en el ámbito de la filosofía, pero no así en el ámbito jurídico.

Ahora bien, la provocación de un daño patrimonial a bienes de particulares o a bienes públicos está penada por nuestro Código Penal. En este sentido, dichas acciones también sobrepasan el ámbito de protección de la protesta. Es decir, si bien el derecho fundamental puede sobrepasar el ámbito de otros derechos (como otros derechos también pueden chocar con la protesta) no puede llegar a afectarlos de una manera tan radical que aquello implique su conculcación, ni tampoco se puede abusar del derecho para justificar la comisión de un delito.

Por otro lado, un corte de ruta o de calle, ¿es un acto violento? El corte de una ruta o un camino no califica de buenas a primeras como un acto de violencia; a lo más podría tratarse de una colisión entre el derecho del manifestante a protestar y la libre circulación de otros, o entre un acto expresivo concreto y el orden público como bien colectivo (situaciones ya analizadas en apartados anteriores).

Asimismo, no cualquier vulneración de un derecho ajeno califica como violencia. En este sentido, lo que diferencia el bloqueo de una calle del saqueo de un kiosco, por ejemplo, es que en el primer caso, por mucho que exista una situación de "fuerza", en el sentido apuntado por Freeman, el derecho no ha

llegado al punto de ser conculcado. Yo no tengo un derecho humano a pasar todos los días por la calle X; mi derecho a la libre circulación se agota en que sea capaz de movilizarme sin que el Estado me lo impida. Incluso, si le queremos dar al derecho en cuestión un sentido mucho más fuerte, podríamos decir que yo tengo un derecho a llegar eventualmente a mi casa o a mi trabajo sin que nadie me coaccione para impedirlo. Pero mientras existan vías alternativas para llegar a mi destino no se podría decir que mi derecho ha sido vulnerado. Como bien explica Zaffaroni,

"el ejercicio del derecho de petición a las autoridades, la manifestación pública que lo ejerza, el público que se reúna para hacerlo, por más que su número cause molestias, interrumpa con su paso o presencia la circulación de vehículos o de peatones, provoque ruidos molestos, deje caer panfletos que ensucian la calzada, etc., estará ejerciendo un derecho legítimo en el estricto marco institucional. Queda claro que en estos supuestos las molestias, ruidos, suciedad o interrupción de la circulación se producen como consecuencia necesaria (...) o usual (...) del número de participantes y de la necesidad de exteriorización del reclamo y durante el tiempo razonablemente necesario para exteriorizarlo"⁸²⁸.

⁸²⁸ ZAFFARONI, E. Raúl. "Derecho penal y protesta social", en: BERTONI, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*, Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2010, p. 7.

Esto ya lo vimos someramente en el punto anterior, pero es menester que nos lo cuestionemos nuevamente a la luz de todo lo que hemos visto en este apartado: ¿qué pasa cuando la marcha o manifestación se excede del tiempo "razonablemente necesario"? Supongamos, por ejemplo, que los manifestantes acampan en una plaza. Aquí el mismo Zaffaroni nos dice que en estos casos "se penetra en un campo que puede ser antijurídico o ilícito, pero que no necesariamente es penal, porque sólo una pequeña parte de las conductas está tipificada penalmente"⁸²⁹. Y si bien aquí podría justificarse la utilización de medios disuasorios, sigue estando del lado de la autoridad la carga de probar que estos medios cumplen con los requisitos de proporcionalidad ya analizados en el capítulo anterior.

El caso del saqueo o destrucción del kiosco es completamente distinto. Aquí se priva a una persona de su principal medio de subsistencia; se le efectúa, en definitiva, un robo. En el caso anterior, hablábamos de un contratiempo menor; aquí se le quita a la persona algo que le pertenece y se le provoca además un daño personal de carácter permanente o absoluto (al kiosquero se le genera una pérdida, un menoscabo económico; para reponer la estructura o los bienes dañados, tendrá que comprar nuevos bienes, realizar una nueva inversión). Lo mismo ocurre cuando encapuchados destruyen un automóvil en la vía pública o saquean una tienda. Si bien desde el punto de vista de la definición estricta de violencia que aquí propugnamos aquellos actos

⁸²⁹ *Ibíd.* Asimismo, reafirma Zaffaroni: "La tipicidad penal sólo es legal, estricta, de interpretación restrictiva y no se conforma con la mera comprobación de los elementos del tipo objetivo penal".

no califican como violentos, se trata -a la luz de nuestro ordenamiento penal- de situaciones delictuales que autorizan a las fuerzas de orden para actuar. Pero en cuanto se trata de situaciones que, independientemente de la protesta, son consideradas como delitos por el ordenamiento, no parece razonable que se hable aquí de "delitos propios de la protesta" o "delitos contra el orden público". En el primer caso, es evidente que muchos de estos delitos se cometen con ocasión de la protesta, pero no existe un vínculo sustantivo entre la protesta y aquéllos. En el segundo, si bien en un sentido lato se trata de delitos que afectan el orden público material, lo que define su tipicidad es que producen un daño en la propiedad de terceros.

Antes de pasar al próximo punto, es preciso que hagamos una importante aclaración respecto de la violencia de los manifestantes. Si bien la violencia física y la comisión de otros delitos, como los delitos contra la propiedad, justifica la detención de los infractores, dicha situación no priva a los detenidos de sus derechos básicos como personas y ciudadanos de la república. El Estado de derecho no se suspende en el período que va desde la detención del imputado hasta su comparecencia ante el juez. Al contrario, es aquí donde empiezan a tener aplicación todos los derechos y garantías procesales establecidas en nuestros códigos.

3. La violencia de la policía

3.1. Un problema previo: la relación entre derecho penal y derecho constitucional

Aquí entramos en lo que se ha denominado la "criminalización de la protesta social", esto es, la utilización del derecho penal para lidiar con un problema político, pasando a llevar, en definitiva, un derecho fundamental de todo ciudadano⁸³⁰. Y si bien no es el objetivo de este trabajo entrar al complejo problema del derecho penal y todas sus sofisticaciones teóricas actuales, cabe aquí decir un par de cosas sobre la relación entre derecho constitucional y derecho penal.

Muchos han llamado la atención sobre el estrecho nexo entre los sistemas penal y procesal penal de un ordenamiento dado y la forma política del Estado en que ellos rigen⁸³¹. Si la Constitución define la forma política del

⁸³⁰ "[E]l problema es que existen muchos delitos que se utilizan, o que podrían ser utilizados, para reprimir la protesta social. Muchos de estos tipos penales, a su vez, son de dudosa compatibilidad con el sistema interamericano de derechos humanos: algunos son imprecisos, o no protegen bienes jurídicos relevantes o concretos, o tienen un ámbito de prohibición demasiado amplio. A esto hay que agregarle la propia naturaleza del sistema penal, que no opera ante todos los casos, sino que es selectivo". BERTONI, Eduardo. "Introducción", en: BERTONI, Eduardo. Op. Cit., p. ii.

⁸³¹ Desde el punto de vista del derecho procesal, se han pronunciado en este sentido autores de disciplinas y concepciones políticas muy distintas. Por todos, véase: DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000, capítulo 3, p. 125 y ss. Por otro lado, un autor proveniente de la filosofía, como Foucault, rescata la vinculación entre la forma del proceso penal (y sobre todo de la indagación o la prueba procesal) con las formas de verdad existentes en una sociedad dada. Podríamos decir que, de ser cierto lo señalado por Foucault, existiría, pues, una triple vinculación: forma penal, forma social y forma de conocimiento. Véase: FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2008. Por el lado del derecho penal, en tanto, Manuel de Rivacoba y Rivacoba afirma que "siendo el Derecho penal de carácter público y encargado de proteger más eficazmente que ningún otro la subsistencia, seguridad y organización de la sociedad y los demás bienes jurídicos estimados en ella de principal importancia, se comprende que dependa en su orientación, e incluso en lo sustancial de su

Estado, entonces es obvio que el derecho penal y el proceso penal deben orientarse en función de los principios establecidos por la Constitución. Este nexo es evidente desde, por lo menos, dos perspectivas básicas sobre lo que significa tener una constitución. Por un lado, se ha dicho que una constitución es una ley o un conjunto de disposiciones legales de carácter fundamental, a las cuales se supedita el resto del orden jurídico. Manuel de Rivacoba y Rivacoba habla, en este sentido, del derecho político "codificado", entendiéndose por derecho político el derecho "que regula la organización y el funcionamiento de los poderes del Estado y las instituciones de gobierno"⁸³². Así, la norma penal emana de la norma constitucional, se encuentra supeditada a ella en función de su jerarquía normativa.

Por otro lado, una constitución puede ser entendida, en palabras de Fernando Atria, como "una decisión fundamental sobre la identidad y forma de existencia de una unidad política"⁸³³. Una decisión fundamental es aquella decisión que funda todo lo demás. Es, por ende, insoslayable, ineludible. Lo más relevante de una constitución (aquello que una constitución no puede soslayar) son, pues, aquellas normas o principios que contienen las decisiones fundamentales sobre cómo nos entendemos a nosotros mismos: así, por

contenido, de la conformación de dicha sociedad y que los bienes considerados más importantes cambien según las concepciones y valoraciones sociales encarnadas en una organización política. Y, por otra parte, la mentada posición del individuo en el conjunto señala la intensidad posible de la acción estatal sobre él y fija, de consiguiente, las limitaciones de la función penal", pp. 203-204. RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. "Orden político y orden penal", Revista chilena de derecho, Vol. 22, N° 2, Santiago, 1995, pp. 203-204.

⁸³² RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel. "Orden político y orden penal", Op. Cit., p. 201.

⁸³³ ATRIA, Fernando. *La constitución tramposa*, LOM, Santiago, 2013, p. 38.

ejemplo, sería parte de nuestra identidad constitucional la afirmación de que somos una república democrática o que en nuestro país existe un sistema de derechos y garantías.

Esto no quiere decir que las normas constitucionales sean un reflejo fiel de la realidad social (lo cual implicaría caer en una falacia normativista), pero significa un deber-ser que el pueblo se da a sí mismo. Se establece, así, un mandato para sus órganos e instituciones que atraviesa, en definitiva, la totalidad del ordenamiento jurídico. Por eso no podemos entender las disposiciones penales y procesales como pura facticidad, sino que debemos entenderlas como supeditadas a ciertos objetivos de ética política, objetivos cuyo cumplimiento o incumplimiento constituyen, a su vez, un parámetro para medir la legitimidad del orden político.

En este sentido, dijimos al comienzo de este apartado que los objetivos del Estado de derecho son: 1) minimizar la violencia social, y 2) disciplinar los poderes públicos (y privados). De estos objetivos generales se desprende la necesidad de contar con un sistema efectivo de garantías penales y procesales.

Esto implicaría, siguiendo a Ferrajoli, implementar un modelo de *derecho penal mínimo*. ¿Por qué derecho penal mínimo y no máximo? Porque el Estado de derecho no se plantea sólo reducir la violencia de los individuos, sino limitar *todo* tipo de violencia social (de la cual la *pena* es, precisamente, un ejemplo extremo). Así, comprobaremos que el derecho penal mínimo se encuentra justificado no en base a objetivos abstractos (*a priori*) de prevención de los

delitos, defensa social o reeducación del reo, como otras teorías sobre el derecho penal, sino en base a una justificación *a posteriori* enfocada en la reducción o minimización de la violencia en la sociedad, reducción tanto de la violencia proveniente del delito, como de la proveniente de las penas⁸³⁴. Por otro lado, un uso racional de la fuerza estatal supone también la definición de ciertos criterios de actuación que los órganos encargados de perseguir los delitos estarían obligados a aplicar. Esto dice relación con las normas procesales.

Este sistema de garantías procesales y penales ha sido definido por Ferrajoli como un sistema regido por el principio de "estricta legalidad", en oposición a un sistema regido por el principio de "mera legalidad". La mera legalidad es definida por el autor como una "técnica legislativa que (...) consiste en la autorización legal para utilizar la violencia, sin una rígida vinculación a la ley misma"⁸³⁵. En un sistema de mera legalidad, los órganos públicos se encuentran autorizados en sus actuaciones por una ley, pero dicha ley no los sujeta directamente al modelo constitucional de Estado de derecho. Por otra parte, el principio de estricta legalidad es "una norma meta-legal que somete la validez de las leyes que autorizan el ejercicio de la violencia a una serie de requisitos que se corresponden con las garantías penales y procesales"⁸³⁶.

⁸³⁴ FERRAJOLI, Luigi. "Derecho y dolor", en: *Democracia y garantismo*, Op. Cit., p. 125. Asimismo, véase: *Derecho y razón*, Op. Cit., capítulo 6, pp. 331-338.

⁸³⁵ FERRAJOLI, Luigi. "La legalidad violenta", en: *Ibíd.*, p. 177.

⁸³⁶ *Ibíd.*, p. 176.

Mientras el principio de mera legalidad se corresponde con el axioma *Nullum crimen sine lege*, el principio de estricta legalidad se corresponde con el axioma *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, que a su vez se conecta con otros axiomas derivados⁸³⁷. Es decir, en el Estado de derecho no basta con que la actuación de los órganos públicos encargados de aplicar la coacción estatal venga autorizada por una ley, además dicha ley debe sujetarse al principio de necesidad o de economía penal (sólo se pueden penalizar aquellas conductas que sean estrictamente necesarias para el objetivo ya trazado de minimizar la violencia).

La necesidad de penalizar una conducta viene dada, entonces, por el *principio de lesividad*, coincidente con el principio liberal del daño (derivado a su vez del principio *neminem laudere*), que nosotros hemos aplicado aquí para definir la violencia en el contexto jurídico.

Los principios de mera legalidad y de estricta legalidad se conjugan en el axioma *nulla poena, nullum crimen sine lege valida*. Es decir, su combinación se erige en un criterio de *validez* de la ley penal. La mera legalidad se conecta así "con la *legitimación jurídica formal* subsiguiente a la vigencia de las normas producidas" y la estricta legalidad se relaciona "con la *legitimación jurídica sustancial* que deriva de los vínculos que condicionan la validez de las normas

⁸³⁷⁸³⁷ Véase: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, Op. Cit., p. 375 y ss. El compendio de los axiomas del sistema garantista propuesto por el autor se encuentra en el capítulo 2 de dicha obra.

vigentes a la tutela del resto de los derechos fundamentales incorporados también a las constituciones"⁸³⁸.

Esto significa aproximadamente dos cosas: por un lado, que las reglas y principios enunciados, en cuanto criterios de validez, deben regir la creación de las normas penales y procesal penales. Si nos entendemos a nosotros mismos como un Estado democrático de derecho, debemos tener normas que sean congruentes con dicha forma de Estado.

Por otro lado, esta idea impone un criterio de revisión y análisis de la normativa penal y procesal penal vigente. Esta revisión nos permitiría comprobar el nivel de cumplimiento de dichos estándares constitucionales, y lo alejados (o no) que estamos de cumplir con su horizonte regulatorio⁸³⁹.

3.2. Las ambigüedades de la policía: problemas teóricos y prácticos

Debajo de los principios constitucionales existe un complejo entramado de normas concernientes a la definición de los delitos y las penas, las normas concernientes al proceso, y aquellas normas administrativas que regulan el derecho penitenciario. Pero aún debajo de aquella infraestructura legal, tenemos la actuación efectiva de los órganos y agentes encargados de aplicar esas normas. Debajo del deber-ser, entonces, la conflictiva realidad de nuestras

⁸³⁸ *Ibíd.*, p. 380.

⁸³⁹ Por eso, Rivacoba nos recuerda, citando al jurista argentino Sebastián Soler: "a un Estado siempre se le puede decir: muéstrame tus leyes penales, porque te quiero conocer a fondo" (*Bases ideológicas de la reforma penal*, Buenos Aires, p. 9). Citado en: RIVACOBBA Y RIVACOBBA, *Op. Cit.*, p. 204.

instituciones. En esta esfera de la vida práctica se mueven jueces, fiscales, defensores, funcionarios del poder judicial, gendarmes y otros actores anexos al sistema. Y, por cierto, en este nivel operan los agentes de policía:

"A propósito de la actividad policial se vuelve a plantear, pues, el problema previo de las garantías penales: la divergencia más o menos amplia que siempre se da entre normatividad y efectividad, entre derecho y praxis, entre imagen legal y funciones reales, entre el deber ser y el ser de un sistema punitivo"⁸⁴⁰.

Así, sería posible, según Ferrajoli, distinguir entre dos subsistemas penales: uno estrictamente penal, orientado -al menos en su fachada- por los principios constitucionales ya enunciados en el punto anterior, y un subsistema de policía y orden público, vinculado con la doctrina de la defensa social⁸⁴¹. Aquí el autor se refiere a la doctrina justificacionista⁸⁴² del derecho penal que plantea como fines del mismo la "cura" del condenado, en el entendido que se trata de un "enfermo" y/o su separación o neutralización en atención a su supuesto carácter "peligroso" para el resto de la sociedad⁸⁴³. Así ocurriría, por ejemplo, cuando se justifica la prisión preventiva en atención a la peligrosidad del imputado.

⁸⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*, Op. Cit., pp. 763-764.

⁸⁴¹ *Ibíd.*, p. 764.

⁸⁴² Con esto se refiere Ferrajoli a aquellas doctrinas que justifican el derecho penal a priori. Lo contrario a una doctrina de esta naturaleza es el garantismo penal o la teoría del derecho penal mínimo, defendido por el propio autor, según ya establecimos en el punto anterior.

⁸⁴³ *Ibíd.*, p. 266 y ss.

Ya vimos cómo el concepto de orden público ha sido utilizado para defender al cuerpo social de posibles alteraciones estructurales. Consignamos además su vinculación histórica con la llamada "función de policía" de los gobiernos absolutos. Ahora nos enfocaremos en la segunda parte de la ecuación, es decir, en cómo la policía interpreta las normas penales y procesales y cómo las aplica en la práctica jurídica.

En este punto nos servirán las consideraciones de Walter Benjamin sobre la violencia. Recordemos que, para el autor alemán, existía una violencia fundadora y una violencia conservadora del derecho. Sin embargo, en la institución de la policía ambos tipos de violencia se confunden:

"La policía es un poder con fines jurídicos (con poder para disponer), pero también con la posibilidad de establecer para sí misma, dentro de vastos límites, tales fines (poder para ordenar). El aspecto ignominioso de esta autoridad (...) consiste en que en ella se ha suprimido la división entre violencia que funda y violencia que conserva la ley"⁸⁴⁴.

Mientras el poder legislativo está sometido al escrutinio público -lo que quiere decir que sus miembros se someten a elecciones periódicas y los productos de su actividad (las leyes) se sujetan al debate-, el poder de policía es un poder administrativo, no elegido democráticamente ni sometido a la obligación de dar cuenta pública de cada uno de sus actos (así, cuando un

⁸⁴⁴ BENJAMIN, Walter. "Para una crítica de la violencia", en: *Conceptos de filosofía de la historia*, Agebe, Buenos Aires, 2011, p. 68.

oficial de policía transgrede las normas de tal manera que dicha transgresión llega a ser conocida por la opinión pública, rara vez conocemos su identidad o las sanciones exactas que se le impondrán). Pero al permitirse a la policía interpretar las normas y llevarlas a la práctica, también se le permite imponerse *nuevos* fines no considerados por el derecho vigente. De ahí lo problemático del paradigma de la mera legalidad: no basta con sujetar a los poderes públicos a la ley, sino que es preciso que dicha ley cumpla con ciertos estándares propios del sistema de garantías del Estado de derecho. De ahí también que la vaguedad de los conceptos utilizados en las leyes que autorizan el uso de la fuerza constituya una fuente para potenciales abusos y transgresiones.

El derecho de policía, según Benjamin, "marca justamente el punto en que el estado, sea por impotencia, sea por las conexiones inmanentes de todo ordenamiento jurídico, no se halla ya en grado de [garantizar] (...) los fines empíricos que pretende alcanzar a toda costa"⁸⁴⁵. Conceptos abiertos como seguridad pública y orden público, tipos evidentemente subjetivos, como las situaciones de peligrosidad social o de vagancia, son rellenos así por la decisión discrecional de la policía:

"A diferencia del derecho, que reconoce en la "decisión" local o temporalmente determinada una categoría metafísica, con lo cual exige la crítica y se presta a ella, el análisis de la policía no encuentra nada

⁸⁴⁵ *Ibíd.*

sustancial. Su poder es informe así como su presencia es espectral, inaferrable y difusa por doquier, en la vida de los estados civilizados"⁸⁴⁶.

Estos son rasgos que se pueden apreciar en muchas de las intervenciones de nuestros carabineros. Me detendré en una de ellas, ya que fue discutida a fondo por la "Comisión Investigadora sobre el Derecho de Reunión y Seguridad Pública" (en adelante, Comisión), instituida por la Cámara de Diputados el año 2013⁸⁴⁷.

El 13 de junio de dicho año un grupo importante de carabineros ingresó a la Casa Central de la Universidad de Chile persiguiendo a unos manifestantes que, según el relato de los uniformados, habían lanzado una bomba molotov a uno de sus vehículos, refugiándose posteriormente en dicho recinto. Sin embargo, en el curso del operativo se verificaron situaciones de abuso policial grave. Además, fueron lanzadas bombas lacrimógenas en un recinto cerrado, sin consideración hacia las consecuencias negativas que ello podía acarrear para la salud de las personas que se encontraban allí (muchas de las cuales, dicho sea de paso, no tenían nada que ver con la protesta que se estaba

⁸⁴⁶ Ibíd. Este carácter espectral de la policía es particularmente problemático en el marco de una democracia. Por eso dice Benjamin que el espíritu policial "es menos destructivo allí donde encarna (en la monarquía absoluta) el poder del soberano, en el cual se reúne la plenitud del poder legislativo y ejecutivo, que en las democracias, donde su presencia, no enaltecida por una relación de esa índole, testimonia la máxima degeneración posible de la violencia" (p. 69).

⁸⁴⁷ Véase: Chile, Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión Investigadora sobre el Derecho de Reunión y Seguridad Pública*, Valparaíso, 2013.

Disponible on line en: <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=1112&prmTIPO=INVESTIGAFIN> [revisada por última vez el 31/03/2014]

desarrollando afuera, ni menos con los manifestantes supuestamente responsables de agredir a los policías)⁸⁴⁸.

El episodio fue calificado, tanto por las autoridades universitarias como por la prensa que cubrió los hechos, como un ejemplo claro de brutalidad policial (cabe mencionar que prácticamente todo el operativo fue captado por cámaras aficionadas, lo que desnudó un operativo que, de otra forma, habría permanecido oculto a los ojos de la opinión pública). Esto dio paso a un intenso debate sobre los operativos y protocolos utilizados por Carabineros para reprimir las protestas. De hecho, el tema fue discutido por la Comisión en una sesión especial, celebrada el día 19 de junio, además de ser mencionado y analizado en sesiones posteriores por diversos intervinientes.

El primero en intervenir fue el entonces Ministro del Interior, Andrés Chadwick, quien justificó la acción de Carabineros sobre la base de la existencia de un delito flagrante, cuya persecución autorizaría a la fuerza pública a ingresar a un lugar cerrado sin el consentimiento de su dueño o morador⁸⁴⁹. Pero más allá del problema de la autorización legal para la acción de Carabineros, lo que fue cuestionado tanto por la opinión pública como por un

⁸⁴⁸ Por si fuera poco, el edificio intervenido tiene el carácter de Monumento Histórico, y las bombas lacrimógenas -según alegó en su momento el Rector- pudieron generar un incendio.

⁸⁴⁹ Aquello es precisamente lo que el ministro sostuvo en la prensa, inmediatamente después de acaecido el hecho: "No es necesario pedir permiso al dueño de casa, rector de universidad o párroco de iglesia si al interior de un inmueble hay delito flagrante donde desde el interior de un inmueble se estén tirando bombas molotov Carabineros va a actuar y va a detener a aquellas personas que están cometiendo ese delito flagrante" (La Tercera, 13/06/2013 -19:12). Véase: <http://www.latercera.com/noticia/educacion/2013/06/657-528168-9-chadwick-rechaza-violencia-en-casa-central-de-u-de-chile-y-respalda-actuar-de.shtml> [consultado el 04/04/2014]

grupo bastante grande de académicos de la Universidad de Chile, fue la forma desproporcionada de ella:

"El fundamento legal para la facultad que el ordenamiento jurídico chileno confiere para detener a quien sea sorprendido en delito flagrante se encuentra en el art. 129 del Código Procesal Penal, cuyo inciso 2º dispone que semejante facultad se convierte en una obligación para los agentes policiales. El inciso final de la misma disposición establece, a su vez, que tratándose de casos de delito flagrante, "la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, *para el solo efecto de practicar la respectiva detención*"⁸⁵⁰.

Esta última frase es de gran importancia, pues indica que la policía no está autorizada simplemente a entrar al lugar "para el efecto" de practicar la detención. Más bien estaría autorizada

"para el solo efecto" de practicarla. Tal hipótesis no ocurrió en la práctica pues las fuerzas policiales ingresaron al interior del edificio de la Casa Central de la Universidad lanzando gases lacrimógenos sobre terceros y destruyendo la propiedad dentro de un lugar de enorme valor patrimonial,

⁸⁵⁰ Declaración Pública Académicos de la Universidad de Chile (firmada por 33 académicos de diversas facultades), disponible en el sitio: <http://www.derecho.uchile.cl/servicios-/92118/declaracion-publica-academicos-facultad-de-derecho-u-de-chile> [consultada el 04/04/2014] Las cursivas son mías.

y sólo *con ocasión* de esta acción -y no para el solo efecto- se detuvo a algunas personas"⁸⁵¹.

Más aún, los académicos denunciaron que, según la información oficial, "los detenidos fueron dejados en libertad sin efectuárseles imputación criminal alguna, dejándose en evidencia el intento de la autoridad de justificar con base a criterios de persecución penal de delitos lo que no fueron sino acciones de violencia policial desmedida"⁸⁵².

El ministro no respondió a este cuestionamiento en la Comisión; más bien, confundió los términos de la acusación de los académicos de la Universidad de Chile, sosteniendo que Carabineros sí tiene facultades para detener a un amplio grupo de personas (cuestión que nadie había objetado). Lo interesante de la polémica, sin embargo, radica no tanto en el análisis del artículo 129 del Código Procesal Penal, sino en cómo la aplicación práctica de una ley por parte de la policía puede terminar trastocando completamente el sentido de la normativa. En efecto, aquí vemos cómo un grupo de uniformados puede realizar una interpretación *ad hoc* de una ley de carácter eminentemente garantista, introduciendo en la norma *nuevos fines* no contemplados por la norma original. En este caso, por ejemplo, el fin de los uniformados no era detener a los infractores, sino más bien tomar represalia, imponer un

⁸⁵¹ *Ibíd.*

⁸⁵² *Ibíd.*

determinado orden o derechamente provocar miedo en los manifestantes (sin distinguir entre manifestantes pacíficos y no pacíficos).

El segundo punto polémico consistió en la respuesta del ministro a una pregunta bastante incisiva: cuál es la relación -en este y en otros casos- entre la autorización de la policía para utilizar la violencia estatal y el Ministerio del Interior, cartera de la cual Carabineros de Chile es dependiente. La respuesta del ministro fue bastante esclarecedora: a su juicio Carabineros no tiene "ninguna obligación de consultarle al Ministro del Interior acerca de la forma cómo va a desarrollar sus acciones operativas"⁸⁵³. Y añadió:

"El día que Carabineros deba consultar a la autoridad política si actúa o no actúa, se causará el mayor de los daños al orden público, a la seguridad ciudadana y a la institución de Carabineros, porque se incorporaría un elemento político en decisiones que deben ser, eminentemente, policiales y de acuerdo a las atribuciones legales"⁸⁵⁴.

En esta frase el ministro afirma que las decisiones de la policía sobre orden público tendrían un carácter técnico y no político. Sin embargo, esto implica ignorar todo lo que hemos señalado en este trabajo: el orden público es un concepto eminentemente político. En primer lugar, se trata de un concepto jurídico indeterminado, por lo que su interpretación y aplicación quedan sujetas

⁸⁵³ Chile, Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión Investigadora sobre el Derecho de Reunión y Seguridad Pública*, Valparaíso, 2013, p. 56.

⁸⁵⁴ *Ibíd.*

a la decisión de la autoridad de turno. Esto implica una violación del principio de estricta legalidad que -según Ferrajoli- define al Estado de derecho. Si bien esto ocurre respecto de muchas normas que son aplicadas por la Administración, el caso del orden público es particularmente grave, ya que es utilizado como concepto legitimante para la utilización directa de la violencia estatal sobre sus propios ciudadanos. Es decir, se trata de un concepto que conlleva las mismas consecuencias que otros conceptos del derecho penal, pero no se encuentra sujeto a los mismos estándares legales. En el marco de las marchas y protestas, al recurrir a la violencia, la autoridad aplica el derecho penal sumariamente, lo cual frustra los objetivos garantistas de la ley penal. Por otro lado, debemos recordar una vez más que el orden público es un concepto que no tiene una justificación democrática; tanto su origen histórico como su función lo ligan al Estado absoluto.

Pero en esta frase del ministro no vemos tan sólo un intento por revestir de decisión técnica una decisión que es eminentemente política, sino que también se puede entrever una comprensión de las policías como entes autónomos, no sujetos en su función al Poder Ejecutivo. Comprender a las policías como entes autónomos podría significar que el propio ministro queda desligado de su responsabilidad por las actuaciones policiales de control del orden público. Al mismo tiempo, ello podría implicar una ampliación considerable del ámbito decisonal de las policías, situación que choca con los principios más elementales de la democracia.

En realidad, la frase del ministro cumple un claro rol de encubrimiento. Encubre, mediante su apelación a la "técnica", el carácter político y subordinado de los agentes policiales. Esto fue notado en la misma sesión por el diputado Hugo Gutiérrez, quien señaló que en este punto hay una "decisión política que se está ocultando"⁸⁵⁵. A esta impresión contribuye el hecho de que no se logró detener a los responsables por el lanzamiento de la bomba Molotov, situación que -supuestamente- justificaba el ingreso a la Casa Central de la Universidad de Chile⁸⁵⁶. El resultado de la operación policial fue, entonces, sólo destrucción de mobiliario de un monumento histórico y utilización de fuerza bruta sobre los manifestantes, sin resultados judiciales concretos. En otras palabras: violencia no justificada por los criterios del Estado de derecho⁸⁵⁷.

Esta posibilidad de la policía, notada por Benjamin, de ubicarse al mismo tiempo adentro y afuera del orden jurídico (siendo su presencia necesaria para la aplicación de la ley aunque no sujeta estrictamente a ella), tiene un correlato cierto en el carácter secreto de su poder. En este sentido, la Comisión discutió también la existencia de protocolos de actuación de Carabineros. Después de sucesivos cuestionamientos, el General Director de Carabineros, Gustavo González Jure, se refirió a la existencia de 29 protocolos de intervención policial, que habrían sido enviados al Instituto Nacional de Derechos Humanos

⁸⁵⁵ *Ibíd.*, p. 82.

⁸⁵⁶ En la misma sesión, el diputado Gutiérrez -quien es abogado de Derechos Humanos- argumentó que, a su juicio, en este caso no existían los elementos básicos que configuran la situación de flagrancia, a saber: inmediatez temporal y espacial. *Ibíd.*, p. 83.

⁸⁵⁷ Así, más adelante en la sesión, el diputado Gabriel Silber concluyó: "Carabineros debe hacer respetar el estado de derecho por las vías del estado de derecho", cuestión que no se habría cumplido en este caso. *Ibíd.*, p. 85.

para su revisión⁸⁵⁸. Sin embargo, en la sesión González Jure sólo se refirió a cinco principios básicos de actuación, que enunció a modo general, sin entrar en detalles. Una de estas generalidades es que "la fuerza es el último recurso; su empleo está destinado a detener a los infractores de la ley, o a dispersar reuniones que afectan severamente la convivencia o el normal desarrollo de las actividades en un área determinada del país"⁸⁵⁹. No abordó, pues, cómo se llega a la conclusión de que una reunión afecta severamente la convivencia ni elucidó cómo se debe dispersar a los manifestantes.

Para el profesor de derecho penal Juan Pablo Mañalich, el problema radica en que, en situaciones como éstas, no debería recurrirse directamente al derecho penal, sino que es necesaria una regulación especial desde el derecho de policía. La inexistencia de un auténtico derecho de policía en nuestro país sería uno de los mayores déficits estructurales en esta materia⁸⁶⁰. Es decir, antes de orientarse a la aplicación de los instrumentos represivos propios del derecho penal, el sistema policial debería enfocarse en la prevención:

"La noción de derecho policial comprende todo aquello que dice relación con las tareas que asume un Estado democrático de derecho, en la

⁸⁵⁸ *Ibíd.*, p. 101. Cabe mencionar que, más adelante, en su misma intervención, González Jure se lamentó por la eliminación de la detención por sospecha -que permitiría detener a encapuchados aunque no estuvieran cometiendo delito- y por la falta de un control de identidad preventivo masivo (p. 103).

⁸⁵⁹ *Ibíd.*, p. 102. Cabe mencionar que en las conclusiones del *Informe* se esquematiza lo indicado por González Jure. Existirían así 5 procedimientos generales de actuación relacionados con el resguardo del orden público en las manifestaciones, que derivan, a su vez, en 29 protocolos más específicos (ver pp. 185 y ss. del *Informe*). Sin embargo, el secreto de estos protocolos no fue revelado ante la Comisión.

⁸⁶⁰ *Ibíd.*, p. 132.

pretensión de potenciales afectaciones de la seguridad y del orden público, caracterizado porque mira hacia el futuro y es genuinamente preventivo, mientras que las herramientas de las que dispone el derecho penal son necesariamente retrospectivas, es decir, miran al pasado"⁸⁶¹.

En este sentido, existiría en la actualidad una clara "subregulación de los modos de proceder que son adecuados para los agentes policiales, en tanto agentes policiales, en el desempeño de su labor preventiva"⁸⁶². Esto redundaría en el problema de la falta de criterios públicos de actuación, es decir, la inexistencia de una regulación propiamente legal de la actuación de los agentes de policía. Volvemos, entonces, a la cuestión del secreto de los protocolos. Esta situación es remarcada también por la profesora de derecho constitucional Ángela Vivanco, quien arguye que la mayoría de las materias relacionadas con el derecho de policía, como la regulación de la Prefectura de Fuerzas Policiales (que incluye personal uniformado, vehículos represivos y productos químicos para fines disuasivos) no son discutidas por el Congreso, ni se sujetan a un control de constitucionalidad o legalidad. Lo mismo ocurre con algunas normativas internas, como el "Manual de Operaciones para el Control del Orden Público", contenido en la orden general N° 2.125 de 2012, y las circulares N°

⁸⁶¹ *Ibíd.*

⁸⁶² *Ibíd.*, p. 134.

1722 y 1725 sobre "Operaciones Policiales de Orden Público", todas ellas declaradas secretas en virtud del artículo 436 del Código de Justicia Militar⁸⁶³.

Como señaló posteriormente el profesor de derecho constitucional Alberto Coddou, existen buenas razones para exigir la transparencia de estos protocolos. Por ejemplo, tener a la vista un protocolo relativo al uso de bombas lacrimógenas (un arma química que se utiliza en contra de ciudadanos del propio Estado), podría permitir a la opinión pública saber si, en nuestro país, se apega o no al procedimiento policial lanzar bombas lacrimógenas a un recinto cerrado, como ocurrió en la Casa Central de la Universidad de Chile. Además, el profesor Coddou arguyó que esta situación de secreto constituye una infracción a lo señalado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que en su informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos, sostiene que existe una "estrecha vinculación entre los deberes preventivos de la policía en materia de control del orden público y el correspondiente acceso a la información pública"^{864 865}.

⁸⁶³ *Ibíd.*, pp. 139-140.

⁸⁶⁴ *Ibíd.*, p. 147.

⁸⁶⁵ Cabe destacar que, tras la presión ejercida por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, Carabineros de Chile publicó finalmente los 29 protocolos de actuación en el mes de agosto de 2014. Sin embargo, subsiste la preocupación por la falta de filtro público de estos protocolos, así como la práctica inexistencia de mecanismos efectivos para verificar su cumplimiento. Véase los protocolos, disponibles en línea: <http://www.indh.cl/wp-content/uploads/2014/08/PROTOCOLO-PARA-EL-MANTENIMIENTO-DEL-ORDEN-PUBLICO.pdf>

Otra cuestión criticable de los protocolos, señaló Coddou, es que son demasiados⁸⁶⁶. Es poco probable que los funcionarios y agentes de policía estén capacitados para internalizar 29 protocolos -relacionados, por lo demás, con una sola área de actuación.

Finalmente, destacó el académico, lo más grave es que los protocolos tocan temas relacionados directamente con derechos humanos, lo que justifica la necesidad de regular esta materia en una ley de bases⁸⁶⁷.

En síntesis, a partir de lo ocurrido en la Casa Central de la Universidad de Chile, podemos notar los rasgos típicos de la policía enunciados por Benjamin. Así, hemos visto la incorporación de nuevos fines en el derecho vigente (es decir, el carácter a la vez conservador y fundador de su violencia). Además, hemos destacado la inexistencia de criterios propiamente jurídicos en la actuación policial, inexistencia que viene dada principalmente por el secreto de sus normativas.

Por cierto, un Estado sin policía es -al menos en la actualidad- una utopía. Sin embargo, estas consideraciones nos permiten tener conciencia del carácter problemático de la policía en toda democracia. Si adquirimos conciencia de este carácter problemático podremos tener más claridad sobre cómo regular a la policía de tal forma que ella actúe según los criterios de un Estado democrático de derecho. Según lo que hemos visto, esto significa dos

⁸⁶⁶ Chile, Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión Investigadora sobre el Derecho de Reunión y Seguridad Pública*, Valparaíso, 2013, p. 147.

⁸⁶⁷ *Ibíd.*, p. 148.

cuestiones básicas para el contexto chileno. En primer lugar, es preciso configurar un verdadero derecho de policía, regulado legalmente, enfocado en la prevención de los delitos y en el resguardo de los derechos fundamentales. En segundo lugar, el reciente término del secreto de los protocolos, debe ir acompañado de una revisión de los mismos por las autoridades competentes, revisión que debe hacerse a la luz de los tratados internacionales ratificados por Chile en la materia. Asimismo, no basta con haberlos hecho públicos a través del Instituto Nacional de Derechos Humanos, sino que ellos deben ser sometidos a un escrutinio público efectivo por parte de la sociedad civil.

3.3. Denuncias concretas de violencia policial

Otro de los focos de la Comisión fue la denuncia de situaciones concretas de violencia policial. En este sentido, María Cisternas, Coordinadora de la Comisión de Observadores de Derechos Humanos, hizo un recuento detallado de los casos de violencia, recabados en 292 protestas observadas por ellos entre 2011 y 2012 a lo largo del país⁸⁶⁸. Además, destacó que, según el propio Ministerio del Interior, en los cinco años precedentes Carabineros efectuó más de 80.000 detenciones por desórdenes públicos, lo que arroja un

⁸⁶⁸ *Ibíd.*, p. 124 y ss. La expositora aclaró que 48 de esas 292 protestas se realizaron en Santiago. Para más detalles, véase: Observadores de DDHH-Casa Memoria José Domingo Cañas, *Informe Anual Octubre 2011-Octubre 2012: La realidad de la protesta social en Chile. Rol del Estado, actuar policial y vulneración de derechos*, Santiago, 2013. Disponible on line en: <http://www.observadoresddhh.org/wp-content/uploads/2012/12/2012-12-10-Informe-2012-OBDH-Casa-Memoria-.pdf>. En la Comisión, María Cisternas señaló que analizaron 15 protestas después de la redacción del mentado informe sin que se modificaran en el intertanto los modus operandi de Carabineros respecto de la protesta.

promedio de más de 16.600 detenciones anuales, cifra que superaría en más de 10% al total de detenciones anuales por robos con intimidación, violencia y sorpresa⁸⁶⁹. Por otra parte, el año 2011 el número de personas arrestadas con motivo de las movilizaciones fue de 14.876. Sólo 114 de esas detenciones terminaron con causas judiciales, mientras que apenas 28 de ellas tuvieron algún grado de condena⁸⁷⁰. Esto da cuenta, en general, del excesivo celo policial respecto de una actividad que debería ser considerada como un derecho. Se nota, además, la ausencia de criterios policiales de prevención, lo que se refleja en un enfoque fuertemente represivo, así como el carácter irregular de la mayor parte de las detenciones de manifestantes⁸⁷¹.

Más específicamente, los focos del estudio de los observadores fueron tres: i) gradualidad en el uso de la fuerza policial, ii) proporcionalidad de los elementos disuasivos, y, iii) denuncias de violencia policial al interior de los buses para detenidos. María Cisternas denunció problemas en estos tres ámbitos. Así, por ejemplo, señaló que existe un uso impropio del control de identidad (reglado en el artículo 85 del Código Procesal Penal), el cual habría sido aplicado para impedir que la gente se uniera a las marchas y no para

⁸⁶⁹ *Ibíd.*, p. 126.

⁸⁷⁰ Observadores de DDHH-Casa Memoria José Domingo Cañas, *Op. Cit.*, p. 37.

⁸⁷¹ Véase esta interesante reflexión del penalista italiano Massimo Pavarini: "Creo que la buena policía es la policía que sabe distinguir entre las personas que solamente quieren protestar y estos grupos violentos que quieren destruir. La policía debe saber distinguir con claridad estas dos modalidades. Creo que una policía democrática y profesional, de buena calidad, debe distinguir entre tipos de respuestas diferentes según se necesite, una respuesta más fuerte o débil según los sujetos, según la situación, este es el rol de la policía. Cuando la policía reacciona militarmente a la provocación, tengo la sospecha que puede ser también una provocación por parte de la policía...". En: JIMÉNEZ, M. Angélica y MEDINA, Paula. "Entrevista a Massimo Pavarini", *Nova Criminis*, N° 3, Universidad Central, Santiago, 2012, p.41.

controlar la identidad de los manifestantes (cuestión que procede, por lo demás, sólo cuando existan indicios de que la persona ha cometido, intentado o se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta). Además, denunció la excesiva violencia utilizada para llevar a cabo dicho procedimiento (procedimiento que debería ser esencialmente pacífico)⁸⁷². En definitiva, el recuento de los observadores indicó que hubo 371 heridos civiles en 60 marchas observadas durante el período en análisis (2011-2012)⁸⁷³.

Finalmente, María Cisternas se refirió al uso indiscriminado de bombas lacrimógenas como material disuasivo, así como al uso de balines de goma y de pintura⁸⁷⁴. La misma denuncia hizo Luciano García, Director de la Casa Memoria José Domingo Cañas y también observador de derechos humanos. Luciano García se refirió además al poco apego a las normas en las detenciones de estudiantes, a la falta de separación de detenidos por edad y género, y a la violencia acaecida en los buses de detenidos. Pero lo más grave de sus denuncias fueron los testimonios de agresiones sexuales contra las niñas detenidas por parte de Carabineros⁸⁷⁵.

Estas denuncias no son aisladas. El *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, año 2012, de la Universidad Diego Portales, dedica un capítulo completo al análisis de la violencia policial (redactado por Alberto

⁸⁷² Chile, Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión Investigadora sobre el Derecho de Reunión y Seguridad Pública*, Valparaíso, 2013, p. 126.

⁸⁷³ Observadores de DDHH, Op. Cit., p. 45.

⁸⁷⁴ *Ibid.*, p. 127.

⁸⁷⁵ *Ibid.*, pp. 128-129

Coddou). Allí se señala que existiría un "patrón sistemático de violencia policial", consistente en la "aplicación de violencia en contra de quien no se encuentra realizando actos delictivos, o que es sometido a un control de identidad sin que se cumplan los requisitos de procedencia exigidos por el ordenamiento jurídico", situación que puede comprobarse por el hecho de que muchos detenidos no pasan luego a control de detención ni son evaluados por parte de un fiscal para que este determine si la comisión flagrante del delito amerita una acusación⁸⁷⁶. Asimismo, se reitera en dicho *Informe* la crítica al uso indiscriminado de los medios disuasivos (bastones, bombas lacrimógenas, escopetas antimotines, etc.)⁸⁷⁷, la excesiva violencia de las detenciones, especialmente en el proceso de desalojo de los establecimientos educacionales en toma (violencia dirigida contra niños y niñas)⁸⁷⁸, los largos "paseos" arriba de

⁸⁷⁶ CODDOU, Alberto. "Violencia policial", en: CODDOU, Alberto (editor). *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2012*, Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, 2012, p. 262. Coddou da como ejemplo de este modus operandi el caso de 843 de las 874 personas detenidas durante la marcha del 4 de agosto de 2011, las cuales no pasaron siquiera a control de detención.

⁸⁷⁷ *Ibíd.*, p. 264-266, siendo el caso más impactante el del mecánico Teófilo Haro, quien perdió un ojo producto de perdigones disparados por Carabineros en la región de Aysén.

⁸⁷⁸ *Ibíd.*, p. 264.

los buses de detención⁸⁷⁹, las situaciones de tortura⁸⁸⁰ y los vejámenes contra menores de edad⁸⁸¹.

Otra organización que canalizó las denuncias de muchos manifestantes que sufrieron violencia policial fue Asesoría Ciudadana, un grupo de abogados, egresados y estudiantes de derecho dedicado a observar la situación de derechos humanos en el marco de las movilizaciones estudiantiles de los últimos años⁸⁸². Este trabajo concluyó con una presentación ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en agosto de 2011 que terminó con una advertencia del tribunal sobre el uso de la violencia policial por parte del Estado de Chile contra los manifestantes.

En el marco de dicho trabajo, durante el año 2011, Asesoría Ciudadana recopiló cerca de 120 casos que confirman la existencia de un verdadero "patrón común y sistemático" de violencia policial, dentro del cual fueron identificados cinco caracteres distintivos:

⁸⁷⁹ *Ibíd.*, p. 270. Aquí se relata el caso de Julio Cortés, abogado y profesor de derecho de la Universidad Central, quien fue retenido durante tres horas en un bus policial.

⁸⁸⁰ *Ibíd.*, p. 272. En la página 280 se abunda respecto de situaciones de tortura vividas por personas mapuche en la región de la Araucanía, con motivo de diversas operaciones policiales. Así, se relata el caso paradigmático de Guillermina Painevilo y Jessica Guzmán Painevilo, madre e hija respectivamente, ambas golpeadas por personal de Carabineros durante el ingreso de éstos a una comunidad mapuche (supuestamente en persecución de unos encapuchados). Las mujeres fueron detenidas por los carabineros, quienes dejaron abandonados a tres niños de 13, 9 y 2 años, sin tomar medidas para protegerlos.

⁸⁸¹ *Ibíd.*, p. 280. Aquí el caso relatado es el de Javiara Sepúlveda, una menor de 14 años, alumna del liceo Darío Salas, quien recibió golpes en la vagina durante una manifestación.

⁸⁸² Todo lo señalado a continuación es una síntesis a partir de lo expuesto en: JAQUE, Ítalo. "Patrones de abuso policial y el problema de la justicia militar en el contexto de la movilización estudiantil", en el libro: ROWLANDS, Jorge, y, AYLWIN, José (compiladores). *Desafíos para una ciudadanía plena en Chile hoy*, Observatorio de los Derechos de los Pueblo Indígenas, Temuco, 2012, pp. 337-342.

1) Uso desproporcionado y no gradual de la fuerza para disolver las manifestaciones;

2) Gran número de detenciones ilegales, lo cual se manifiesta en controles de identidad arbitrarios y detenciones con uso excesivo de la fuerza;

3) Vulneración de garantías del detenido (incumplimiento de los derechos establecidos en el artículo 93 del Código Procesal Penal);

4) Existencia de amenazas de tortura y desaparición forzada hacia los detenidos;

5) Casos específicos de tortura contra detenidos (vejaciones contra mujeres y niñas, jóvenes mapuches denigrados por su condición indígena, etc.)

Como se puede apreciar, se repiten aquí los términos de las acusaciones esgrimidas por los diversos organismos observadores de derechos humanos. Asimismo, se agrega aquí la remisión de estas denuncias a la Justicia Militar. Debemos recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Palamara del año 2006, ordenó "limitar la jurisdicción de los tribunales militares únicamente al enjuiciamiento de personal militar acusado de delitos de carácter 'militar' exclusivamente"⁸⁸³. Este fallo estuvo por mucho tiempo incumplido, hasta que el año 2010 -en el marco de una huelga de hambre de comuneros mapuche- el Estado impulsó una reforma para sustraer a los civiles de la jurisdicción de los tribunales militares. Sin embargo, durante el año 2011 - y aún hasta la fecha en que se escribe esta memoria- existen graves

⁸⁸³ Citado en: *Ibíd.*, p. 341.

incumplimientos de este fallo. Así, "la Justicia Militar en Chile aún se aplica sobre la base del sujeto infractor: siempre que un carabinero ha sido acusado de un delito, cualquier delito (sea o no de carácter militar), los tribunales competentes para conocer de la acusación, han sido los tribunales militares"⁸⁸⁴. El problema es que se trata de una "justicia de pares, que opera como fuero o privilegio para los uniformados, y que tiende a su protección"⁸⁸⁵. Esto genera, obviamente, una situación de impunidad que contribuye al patrón de violencia policial que ya hemos discutido.

Cabe señalar, sin embargo, que esta tendencia ha ido cambiando en los últimos años, en parte gracias a la labor de las diversas organizaciones de derechos humanos que la han denunciado y a la decidida labor del Instituto Nacional de Derecho Humanos. Aún así, en la actualidad hay tribunales que siguen ignorando los mandatos internacionales, por lo que el tema - lamentablemente- aún no se ha zanjado de manera definitiva⁸⁸⁶.

Finalmente, me gustaría apuntar aquí un tema que se suele pasar por alto, pero es bastante crítico: el uso de las bombas lacrimógenas contra manifestantes. Se trata de un artefacto explosivo que es potencialmente dañino para la salud de las personas y, si bien los estudios científicos en esta materia no son concluyentes, en el sentido de que no hay prueba fehaciente de que

⁸⁸⁴ *Ibíd.*

⁸⁸⁵ *Ibíd.*

⁸⁸⁶ Así, por ejemplo, véase: Diario U. Chile, "Organismos rechazan uso de Justicia Militar por muerte de civil en patrulla" (por el periodista Fernando Seymour) <En Línea>. Miércoles 5 de marzo de 2014. Disponible on line: <http://radio.uchile.cl/2014/03/05/organismos-critican-uso-de-justicia-militar-por-muerte-de-civil-en-patrulla-policial>

produce un daño *permanente*, la experiencia nos indica que se trata de un medio disuasivo particularmente problemático ya que, lanzado indiscriminadamente (por ejemplo en un lugar cerrado, como la Casa Central de la Universidad de Chile), sí puede provocar un daño efectivo, por ejemplo en personas que tienen problemas respiratorios, o en mujeres embarazadas⁸⁸⁷. Ahora bien, aquí el problema no es científico, sino ético. La pregunta de fondo no puede ser cuánto daño se le puede permitir provocar al Estado. ¿Un poco de daño es aceptable? ¿Un daño no permanente es ético? ¿Sería aceptable, por ejemplo, que el Estado autorice a detener a un presunto delincuente gaseándolo? ¿No sería aquello renunciar de una vez por todas a la presunción de inocencia, aplicándosele una medida sumaria antes de saber si es culpable? ¿Es aceptable desde los estándares del Estado de derecho y la democracia que el Estado utilice estos artefactos para amenazar la salud de sus ciudadanos?

Aquí estamos hablando de derecho y del ejercicio de un derecho. Si el principio que debe regir al Estado es que sólo puede utilizar su violencia con racionalidad y respetando ciertos derechos que nos hemos dado como inalienables (pensemos en los derechos al debido proceso, a la presunción de inocencia y, por cierto, a la integridad física y síquica) entonces el uso de estos

⁸⁸⁷ Véase, por ejemplo, las opiniones del médico y profesor de la Universidad de Chile Andrei Tchernitchin: ADN Radio Chile, "Andrei Tchernitchin y bombas lacrimógenas: Pueden producir abortos o un parto prematuro" (La prueba de ADN), <En Línea>. Disponible en: <http://www.adnradio.cl/noticias/nacional/andrei-tchernitchin-y-bombas-lacrimogenas-pueden-producir-abortos-o-un-parto-prematuro/20110516/nota/1473311.aspx> (consultado el 18 de abril de 2014).

artefactos no debería estar, en principio, permitido. Porque de diez o veinte personas que están efectivamente cometiendo un delito, la bomba lacrimógena afecta a cien o a mil personas inocentes que están ejerciendo un derecho. Y, de hecho, la bomba lacrimógena no tiene utilidad ni racionalidad para reprimir delitos, precisamente porque ella no discrimina entre inocentes y culpables. Si el objetivo es reprimir el delito, esto es, detener a quien cometa un delito, la bomba lacrimógena es contraproducente. Su única realidad es el daño, el atentado contra la propia ciudadanía, la represión de la protesta. Y este objetivo es inaceptable desde el punto de vista del Estado democrático de derecho.

3.4. Coda: para una policía democrática

¿Qué es lo que origina el patrón de violencia policial que hemos analizado en estas páginas? El *Informe* explica este patrón de violencia policial por la "falta de mecanismos de inteligencia policial que permitan aprehender a los verdaderos delincuentes"⁸⁸⁸, lo que se conjuga con la crítica de Mañalich a la inexistencia de un auténtico derecho de policía, centrado en la prevención del delito y no en la mera represión. Se reitera, por lo demás, la crítica ya mencionada al secreto de los protocolos y los manuales de actuación de Carabineros⁸⁸⁹. Así, la inexistencia de un derecho policial y, por ende, de una

⁸⁸⁸ Op. Cit., p. 263.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, pp. 267-268. Así, se menciona un requerimiento interpuesto por el abogado y profesor de derecho Fernando Muñoz ante el Tribunal Constitucional (Rol 2140-2011), que dio cuenta de "la falta de criterios legales que regulen la utilización de medios disuasivos; en especial, los denominados gases lacrimógenos" (p. 267). El problema radica -sostiene Coddou en el *Informe*- en que el artículo 3° de la Ley de Control de Armas (Ley 17.798) autoriza el uso de estas armas

reflexión a nivel político sobre el rol de la policía en una democracia, ha impedido la reformulación de las policías a nivel nacional. Esto refuerza lo que Coddou denomina la "cultura autárquica" de Carabineros de Chile: una cultura institucional formada al margen de la sociedad, con muchos elementos que no han experimentado cambios desde el fin de la dictadura.

Pero, ¿cómo debería operar la policía en una sociedad democrática? ¿Es posible reconciliar esta institución -propia del absolutismo- con un Estado democrático de derecho, respetuoso de los derechos humanos? En primer lugar, cabe señalar que, incluso si efectuáramos una reforma profunda, la crítica de Benjamin a la policía seguiría estando vigente. Tal como en el caso del orden público, aquí debemos admitir que estamos lidiando con un concepto o una institución que escapa, en su núcleo, de los criterios legitimadores del Estado moderno. Sin embargo, esta constatación no significa que no pueda reformarse la institución para hacerla más acorde con los principios democráticos. Para ello se debe realizar una reflexión profunda sobre los fines de la institución y los medios necesarios para su cumplimiento.

El primer principio de la policía debería ser el señalado en el artículo 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789): "La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza

sin establecer dichos criterios, lo cual vulneraría la reserva legal a la que están sometidas todas las restricciones o afectaciones de derechos fundamentales. Es decir, la ley autorizaría la completa discrecionalidad policial. Esto atenta directamente contra lo señalado por nuestra Constitución e implica una frustración de los principios básicos de un Estado democrático de derecho.

pública. Esta fuerza se instituye, por tanto, para beneficio de todos y no para la utilidad de aquellos que la tienen a su cargo". Se busca, pues, que la policía se establezca en pos de los derechos fundamentales consagrados por la Constitución y no en pos del indeterminado principio de resguardo del orden público que, generalmente, beneficia a la autoridad de turno. Sin embargo, todavía falta dilucidar cómo debería organizarse para cumplir con dichos objetivos. Esto es, sin duda, el aspecto más complejo de la institución de la fuerza pública. De hecho, no existe acuerdo global sobre la materia; más bien, se han ido configurando dos modelos a nivel internacional que enfatizan aspectos distintos del rol de la fuerza pública.

En primer lugar, tenemos el modelo anglosajón, que algunos denominan *Policía del Pueblo*, surgido originalmente en Inglaterra a partir de un proceso de autorregulación social y caracterizado, en principio, por ser una "fuerza policial retribuida, con agentes sin armas (sólo una porra) y principalmente en funciones de prevención"⁸⁹⁰. Se trata de un modelo en el cual la policía no se entiende separada de la sociedad. Al contrario, se instaura sobre la base del cuerpo local, "actuando la Administración central a través de la Policía local, que recibe las órdenes de las autoridades locales, más conocedoras del entorno y de sus especiales características"⁸⁹¹.

⁸⁹⁰ JAR COUSELO, Gonzalo. "El papel de la policía en una sociedad democrática", Revista española de investigaciones sociológicas, N° 85, 1999, p. 203.

⁸⁹¹ *Ibíd.*

Por otro lado, tenemos el modelo francés o continental, que algunos denominan *Policía del Príncipe*, caracterizado, en principio, por "estructuras organizativas militarizadas, despliegue en forma de tela de araña a lo ancho de todo el territorio, fuerte centralización con un sistema de información a nivel nacional y distante de la sociedad a la que [tiene] que controlar"⁸⁹².

Ambos modelos tienen sus pros y contras, pero es evidente que el primero está más cerca de los ideales democráticos. Esto no quiere decir, empero, que el segundo modelo no pueda evolucionar -como ha ocurrido en la mayoría de los países continentales- para adaptarse a estos ideales. Pero para avanzar en este sentido tenemos que saber separar las formas viciadas de la policía (asociadas a los regímenes autoritarios) de sus formas virtuosas. Según Gonzalo Jar, en los regímenes autoritarios, la policía

"tiende a adoptar organizaciones de tipo piramidal, central y jerarquizado, con procesos de formación y socialización inspirados en principios militares como obediencia, jerarquía o disciplina, pues para llevar a cabo el necesario control político y reprimir las disidencias debe estar lo más lejos posible de la población para evitar contagios. Este tipo de sistemas se caracteriza por una gran ambigüedad funcional, en la que predominan las tareas encaminadas al control de actividades político-sociales, aun

⁸⁹² *Ibíd.*

cuando en las que se manifiesta con mayor rigor es en las de mantenimiento del orden público"⁸⁹³.

El paso de un modelo autoritario a un modelo democrático requiere también modificaciones en la estructura del aparato policial; la falta de dichas modificaciones puede conllevar, como afirma Jar, "graves contradicciones" de elevados costes para la sociedad⁸⁹⁴. Algo de eso hemos presenciado a partir de las denuncias de violencia policial revisadas en el punto anterior. La falta de evolución de la policía después de la dictadura da cuenta de estas contradicciones. Para que estos problemas se resuelvan, sin embargo, no basta con la modificación de normas aisladas; se hace necesaria una reforma legal profunda. Esta reforma legal debería incluir, entre otras cosas, una reformulación de los objetivos de la policía y de las estrategias utilizadas para conseguirlos. Por ejemplo, pasar de una policía orientada a la represión del delito -labores de control social- a una orientada a la prevención, como señaló Juan Pablo Mañalich ante la Comisión. Reforzando dicho cambio de perspectiva, es preciso que la policía deje de centrarse en el control del orden público y empiece a centrarse en el objetivo -más acorde con la democracia, aunque tampoco desprovisto de problemas- de la *seguridad ciudadana*.

Este cambio de enfoque no es baladí: mientras el orden público "lo que persigue es garantizar el orden previamente establecido desde los órganos de

⁸⁹³ *Ibíd.*, p. 204.

⁸⁹⁴ *Ibíd.*, p. 205.

poder -implica certeza, represión y distanciamiento-, con el segundo enfoque se busca garantizar los derechos y libertades de los ciudadanos y su convivencia pacífica, dentro de un marco de incertidumbre, prevención y proximidad"⁸⁹⁵. Como ya hemos visto, en una democracia es preciso que se admitan ciertas situaciones de "desorden legítimo"⁸⁹⁶. Aquí el desorden "ilegítimo" está constituido por la violencia, por el delito, por la transgresión de los derechos ajenos; no por la amenaza al *status quo*.

En fin, como valoraron casi todos los que intervinieron ante la Comisión sobre Derecho de Reunión, en los últimos años Carabineros de Chile ha hecho un esfuerzo en esta materia, creando un Departamento de Derechos Humanos e incluyendo la asignatura de Derechos Humanos en su malla curricular. Sin embargo, estos avances no son suficientes. Lo que se precisa ahora es -a pesar de sus ribetes técnicos- una discusión *política*: ¿qué policía queremos tener? Este tema, sin embargo, excede los límites de nuestro trabajo.

Para concluir este apartado -dedicado al problema de la violencia policial- me gustaría apuntar, pues, algunas constataciones que pueden ser útiles para un análisis práctico de la relación entre policía y protesta social:

1. Existen razones filosóficas y políticas para cuestionar la institución misma de la policía en el marco de un régimen democrático. Sin embargo, al tratarse de una institución en cierta forma necesaria para el mantenimiento de cualquier estructura de poder relativamente compleja (y más aún en el caso del

⁸⁹⁵ *Ibíd.*, p. 208.

⁸⁹⁶ *Ibíd.*, p. 209.

complejísimo Estado moderno), no nos podemos plantear seriamente su supresión o sustitución. Aún así, es imperativo que tengamos conciencia de su carácter problemático.

2. A partir de dicha conciencia, tenemos que elevar sus estándares de actuación. Esto significa:

a) Juzgar la actuación de la policía a partir del paradigma del Estado democrático de derecho, que conlleva la aplicación del principio de estricta legalidad y la priorización del respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos. Para efectos del punto que nos ocupa, algunos de los elementos mínimos que deberían ser urgentemente revisados y, en su caso, modificados, son:

i) la falta de publicidad (o la publicidad deficiente) de sus protocolos y actuaciones,

ii) la desproporcionalidad de sus elementos disuasivos (no parece justificable la utilización de bombas lacrimógenas o balines de goma contra ciudadanos),

iii) los criterios de detención de los supuestos infractores,

iv) la falta de control en los buses de detención, y,

v) los malos tratos a los detenidos en las comisarías⁸⁹⁷.

⁸⁹⁷ La mayor parte de estas ideas coinciden con recomendaciones que ha hecho reiteradamente el Instituto Nacional de Derechos Humanos sobre la materia. Al respecto, véase: INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 2013. Programa de Derechos Humanos y Función Policial*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013.

b) Para que la policía pueda cumplir al menos de manera aproximada con dichos estándares, es preciso que empecemos a pensar en una reforma profunda a las instituciones policiales (no sólo Carabineros de Chile, sino también la Policía de Investigaciones) mediante la creación de un derecho democrático de policía. Esto implica, por cierto, una revisión de la función de policía y la reestructuración del aparato policial. Normativamente hablando, y para efectos de un mejor resguardo del derecho a la protesta, esto significa abandonar el paradigma del orden público -de carácter eminentemente represivo y asociado a la defensa del *status quo*- por el paradigma de la seguridad ciudadana, orientado hacia la prevención de los delitos.

Sólo pensando estos problemas podremos hacer una contribución práctica para frenar las situaciones de abuso policial que tantos abogados, observadores, estudiantes y ciudadanos han denunciado a lo largo de los últimos años.

CONCLUSIÓN:
SIETE TESIS SOBRE LA PROTESTA SOCIAL

El día 4 de agosto de 2011 el conflicto entre el movimiento estudiantil y el gobierno de turno llegó a su máxima expresión. La jornada estuvo marcada por la violencia. El origen de los enfrentamientos entre carabineros y manifestantes fue la denegación, por parte de la autoridad, del permiso requerido por el D. S. 1.086 para desarrollar la marcha. De esta forma, Carabineros impidió la reunión de los estudiantes en la Plaza Baquedano, valiéndose de bombas lacrimógenas, camiones lanza aguas y un contingente de fuerzas especiales estacionado en el lugar de la convocatoria. Los manifestantes, como era previsible, rechazaron la imposición e intentaron por todos los medios llevar a cabo la marcha.

No existe otro ejemplo tan claro de cómo una norma defectuosa puede influir directamente en la conculcación de un derecho, de cómo los fines de una norma de rango inferior pueden frustrar los fines superiores de la norma fundamental. El D. S. 1.086, decreto abiertamente inconstitucional, como espero haber demostrado en esta tesis, se nos revela así como una de esas "minas errantes" de las que hablaba Ferrajoli, un vestigio de la dictadura en plena democracia. Por cierto, una interpretación contraria al derecho o una interpretación sesgada de la doctrina constitucional también pueden llevar a resultados similares. Ni la norma más completa nos podría evitar los peligros de

la arbitrariedad del poder. Sin embargo, resulta escandaloso que las propias normas estén diseñadas para favorecer el abuso.

Por si fuera poco, un tiempo después de este incidente -el 4 de octubre de 2011- el gobierno envió al Congreso el Mensaje 196-359, que contenía un proyecto de ley que buscaba "fortalecer el resguardo del orden público" (Boletín 7975-25), proyecto que tenía como fin la inclusión en el delito de "desórdenes públicos" (art. 269, Código Penal) de nuevas conductas típicas, como "alterar la libre circulación de personas o vehículos por puentes, calles, caminos u otros bienes de uso público semejantes" (es decir, las marchas); "invadir" u "ocupar" establecimientos educacionales (es decir, las tomas estudiantiles); e incluso la criminalización de quienes "hayan incitado, promovido o fomentado" los supuestos desórdenes públicos, siendo ésta última una norma que, con su apertura y ambigüedad, habría permitido la persecución no sólo de los supuestos hechores, sino también de quienes profirieran discursos que la autoridad considerara peligrosos⁸⁹⁸. Los efectos contraproducentes de esta normativa para el desarrollo de la libertad de expresión son evidentes⁸⁹⁹.

Después de un largo periplo legislativo, el 17 de diciembre de 2013 el proyecto de ley fue rechazado por la Cámara de Diputados por 51 votos contra

⁸⁹⁸ Para una revisión más detallada del proyecto de ley y un recuento crítico, véase la columna: FACUSE, Nicolás y SOTO, Víctor. "Ley Hinzpeter: la derrota del populismo penal", *El Mostrador*, 09/08/2013, [En Línea]: <http://www.elmostrador.cl/2013/08/09/ley-hinzpeter-la-derrota-del-populismo-penal/>

⁸⁹⁹ Véase: SOTO MARTÍNEZ, Víctor. "Libertad de expresión y protesta social: el caso de la ley Hinzpeter", en: V.V.A.A, *Jornadas sobre libertad de expresión y leyes de medios*, Observatorio de comunicación y medios, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2014, pp. 72-82.

43, lo que motivó la alegría de gran parte de las organizaciones defensoras de derechos humanos en Chile. Este rechazo es consistente con un giro en el pensamiento político y constitucional sobre la protesta en nuestro país, giro relacionado directamente con las movilizaciones de 2011.

Este cambio de actitud se puede notar en el ya citado *Informe* de la Cámara de Diputados sobre derecho de reunión y seguridad pública, cuya comisión concluyó la existencia de una "imperiosa necesidad" de modificar la Constitución para incluir "el derecho a la manifestación y a la protesta social", así como de promulgar una "ley regulatoria de los derechos de reunión y manifestación, que establezca como principio esencial su superioridad respecto a otros derechos de menor jerarquía, como son los derechos a la libre circulación por los bienes nacionales de uso público y *en donde se excluya el régimen de autorización previa* por parte de la autoridad administrativa"⁹⁰⁰. Asimismo, debemos destacar el rechazo por parte de la comisión a la tesis de la "autonomía" de Carabineros de Chile frente al Ministerio del Interior⁹⁰¹. Finalmente, dentro de sus recomendaciones, es relevante notar la propuesta de un proyecto de ley para mejorar la garantía del derecho de reunión, y la idea de reformar la Justicia Militar⁹⁰².

Lo anterior es un ejemplo claro de las posibilidades políticas de la protesta, del carácter innovativo y creativo que hemos destacado a lo largo de

⁹⁰⁰ CHILE, Op. Cit., p. 214. Las cursivas son mías.

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 215.

⁹⁰² *Ibid.*, pp. 218-219.

este trabajo. Así, en línea con lo que dijimos en el primer capítulo, el movimiento de protesta ha logrado romper con la determinación de nuestra política institucional. Esto no sólo ha ocurrido con la problematización de nuevos temas (como en el caso medioambiental) y la propuesta de nuevas políticas para enfrentar problemas viejos (como en el caso de la educación y la propuesta de entenderla como un derecho social), sino con la misma protesta, que poco a poco se ha ido perfilando como un derecho autónomo, cuestión impensable una década atrás.

Como se afirmó en la introducción, este trabajo surge como un intento por hacerse cargo de los múltiples desafíos planteados a la teoría constitucional por las movilizaciones sociales de los últimos años. La dificultad de estos problemas y la inexistencia de una tradición jurídica que los tomara en cuenta, nos obligaron a pensar la protesta desde sus bases. Fue imperioso recurrir a análisis sociológicos y antropológicos, así como a la filosofía política y la filosofía del derecho. Finalmente, presentamos un concepto de protesta, discutimos sus caracteres esenciales, indagamos en su relación con la tradición del derecho de resistencia e incorporamos en su análisis a la desobediencia civil, piedra de toque -en palabras de Habermas- de la democracia moderna.

Mientras la investigación tomaba cuerpo se hizo evidente que para pensar la protesta era necesario realizar una crítica a diversas teorías conexas con la ciencia constitucional, como la teoría de la obligación política, la teoría de la democracia y la teoría de los derechos fundamentales. En cada uno de estos

puntos se intentó dar una respuesta clara y consistente con el paradigma político de la protesta.

Si tuviéramos que resumir lo planteado en este trabajo en unas pocas tesis fundamentales, ellas serían las siguientes:

1. El derecho a la protesta ocupa en la democracia moderna el lugar que ocupaba el derecho de resistencia en el Antiguo Régimen.

2. La protesta nos obliga a replantear los dogmas políticos de la obediencia teológica y el anatema de la rebelión, incorporando la desobediencia civil como vía legítima para criticar al poder institucionalizado.

3. La protesta y la democracia no sólo son compatibles, sino que además se necesitan mutuamente: la protesta se erige en un derecho sólo con el surgimiento de la democracia moderna, y la democracia sólo puede sostenerse sobre la base de la participación política y la manifestación del disenso por parte de sus ciudadanos.

4. El derecho a protestar debe ser entendido como un derecho fundamental, concepto que, a su vez, no puede entenderse sólo como una posición subjetiva del individuo sino además -y preponderantemente- como un principio político con un fuerte contenido teleológico.

5. Si bien como principio político el derecho a protestar escapa a una completa institucionalización -ya que incorpora la posibilidad de desobedecer las normas y romper con la determinación política-, en su cariz de posición subjetiva puede ser protegido a partir de los derechos a la participación política

(art. 1º, CPR), a la libertad de expresión (art. 19, N° 12, CPR), y a la reunión (art. 19, N° 13, CPR).

6. El único límite auténtico del derecho a la protesta es la violencia. El orden público no es una causal suficiente para reprimir este derecho, debido a una razón técnica (su deficiente elaboración normativa y doctrinaria) y a una razón de filosofía política (su ligazón esencial con el absolutismo monárquico).

7. La protección del derecho a la protesta -entendido como derecho fundamental- requiere no sólo de una reinterpretación teórica y dogmática de algunos derechos de la Carta Fundamental, sino además del surgimiento de un verdadero derecho de policía que eleve los estándares de actuación de las instituciones encargadas de garantizar la seguridad de los ciudadanos, para que los agentes de policía no terminen avasallando el derecho de aquellos mismos ciudadanos a cuestionar al poder.

Si bien es cierto que hemos analizado muchos otros problemas concomitantes a la cuestión principal, estos son los elementos esenciales de nuestro estudio. Estudio modelado a partir de una intuición básica sobre el derecho: la intuición de que ninguna norma jurídica se basta a sí misma, que las normas son hechas por hombres y mujeres a través de su acción política permanente, y que su cumplimiento también es producto de esta práctica viva. El objetivo de este trabajo ha sido, pues, otorgar a la protesta social el lugar que se merece en la reflexión jurídica actual, atendiendo su papel fundamental para

la lucha por los derechos y la profundización de la democracia. Se trata, en el fondo, de una cuestión ya advertida por Rudolf von Ihering en su libro *La lucha por el derecho*, y retomada luego por Luigi Ferrajoli hacia el final de su magna obra *Derecho y razón*:

"Sólo a través de la lucha por los derechos, que quiere decir su constante ejercicio y su defensa tenaz frente a todo posible obstáculo, amenaza o violación, puede garantizarse su posesión efectiva y la consiguiente valorización de una persona. Un derecho no ejercitado o no defendido está en realidad destinado a decaer y finalmente a sucumbir. De la libertad de pensamiento y de prensa a los derechos políticos, de la libertad personal a los derechos sociales, la efectividad de los derechos de la persona no está nunca garantizada de una vez por todas como graciosa concesión jurídica, sino que es siempre el efecto de cotidianas y a veces costosas conquistas"⁹⁰³.

Las palabras de Ferrajoli indican una verdad que para cualquier ciudadano de este país es ineludible: las conquistas no sólo han sido costosas, sino que además son profundamente frágiles. Y así como estos verdaderos *triumfos* no le pertenecen a las burocracias ni a los magistrados del pueblo, sino al pueblo mismo, tampoco su defensa puede descansar en la mera institucionalidad, sino que debe entenderse incorporada dentro de los deberes

⁹⁰³ Op. Cit., pp. 944-945.

que contempla la ciudadanía. Pues cuando los derechos se ven amenazados o el cambio social es obstaculizado contra la voluntad mayoritaria, la protesta deja de ser un derecho para convertirse en un deber.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

ÁLVAREZ CONDE, Enrique. *Curso de Derecho Constitucional, Volumen I*. Madrid, Editorial Tecnos, 1996.

ALEXANDER, Jeffrey, GLESEN, Bernhard, MAST, Jason (eds.). *Social performance. Symbolic action, cultural pragmatics and ritual*, Cambridge University Press, New York, 2006

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993

-----*El concepto y la validez del derecho*. Barcelona, Gedisa, 1994

ARATO, Andrew y COHEN, Jean. *Sociedad civil y teoría política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

ARENDT. Hannah. *La condición humana*. Barcelona, Paidós, 1993.

-----*Eichmann en Jerusalén*. Barcelona, Lumen, 2003.

----- *Sobre la violencia*. Madrid, Alianza, 2005.

----- *Crisis de la República*. Madrid, Editorial Taurus, 1999.

----- *¿Qué es política?*. Barcelona, Paidós, 1997.

ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL, *Temas actuales de Derecho Constitucional: libro homenaje al profesor Mario Verdugo Marinkovic*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009

ATRIA, Fernando. *La constitución tramposa*. Santiago, LOM, 2013

ÁVILA, María Paz; ÁVILA, Ramiro; GÓMEZ, Gustavo (editores). *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, Quito, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 2011

AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor. *Orden público económico y derecho penal*. Santiago, Editorial ConoSur, 1998

BADIOU, Alain. *Theoretical writings*. Londres, Continuum, 2005

BARBER, Benjamin. *Strong democracy: participatory politics for a New Age*. California, University of California Press, Berkeley, 1984.

BENDA, Ernesto [et al]. *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid, Marcial Pons, 2001

BENJAMIN, Walter. *Conceptos de filosofía de la historia*. Buenos Aires, Agebe, 2011

BERTONI, Eduardo (compilador). *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina*. Buenos Aires, Universidad de Palermo, 2010

BOBBIO, Norberto. *El futuro de la democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001

-----*Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 1989

-----*El tiempo de los derechos*. Madrid, Editorial Sistema, 1991

BOBBIO, Norberto y MATTEUCCI, Nicola. *Diccionario de Política*. México, Siglo XXI Editores, 1988

BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid, Trotta, 2000

BODIN, Jean. *Los seis libros de la República* (traducción de Pedro Bravo Gala). Madrid, Editorial Tecnos, 1997

BOURDIEU, Pierre & PASSERON, Jean-Claude. *Reproduction in Education, Society and Culture*, Sage publications, Londres, 1990

CAMUS, Albert. *El hombre rebelde*. Buenos Aires, Losada, 2007

CARTER, April. *Autoridad y democracia*. Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1980

CASTORIADIS, Cornelius. *El ascenso de la insignificancia*. Madrid, Cátedra, 1998

----- *Figuras de lo pensable* (Las encrucijadas del laberinto VI). Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001

----- *Los dominios del hombre. Las encrucijadas del laberinto*. Barcelona, Gedisa, 2005

CHILE, Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión Investigadora sobre el Derecho de Reunión y Seguridad Pública*. Valparaíso, 2013

CLASTRES, Pierre. *Arqueología de la violencia: la guerra en las sociedades primitivas*. Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2009

CONTESSE, Jorge (editor). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2011*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, 2011

CODDOU, Alberto (editor). *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2012*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Santiago, Universidad Diego Portales, 2012

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. *La República en Chile. Teoría y práctica del Constitucionalismo Republicano*. Santiago, Editorial LOM, 2006.

DAHL, Robert. *La democracia y sus críticos*. Barcelona, Paidós, 1992

DAMASKA, Mirjan. *Las caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000

DEL ÁGUILA, Rafael [et al]. *La democracia en sus textos*, Madrid, Alianza Editorial, 1998

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Ariel, Barcelona, 1989

----- *La comunidad liberal*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1996

ECKSTEIN, Susan (coordinadora). *Poder y protesta popular. Movimientos sociales latinoamericanos*, México, Siglo XXI, 2001

EDELMAN, Murray. *Politics as symbolic action. Mass arousal and quiescence*, New York, Academic Press, 1971

ELSTER, Jon (compilador). *La democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 2001

ESPOSITO, Roberto. *Diez pensamientos acerca de la política*. Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2012

ESQUILO. *Las siete tragedias*, México, Editorial Porrúa, 2011

EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los derechos constitucionales*. Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999

FALCÓN Y TELLA, María José. *La desobediencia civil*. Madrid, Marcial Pons, 2000

FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. *La protesta social pacífica: ¿un derecho en las Américas?*, Octubre, Informe N° 460/3, 2006

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid, Trotta, 2010.

-----*El garantismo y la filosofía del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

----- *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid, Trotta, 2001.

-----*Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2004

-----*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Madrid, Trotta, 2009

FISTETTI, Francesco. *Comunidad: léxico de política.* Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Defender la sociedad.* Buenos Aires, Fondo de cultura económica, 2000.

-----*La verdad y las formas jurídicas.* Barcelona, Gedisa, 2008

FROMM, Erich. *Sobre la desobediencia y otros ensayos.* Buenos Aires, Paidós, 1984

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lengua de los derechos.* Madrid, Alianza, 1999

GARGARELLA, Roberto. *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta.* Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2006.

-----*El derecho a la protesta. El primer derecho.* Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 2007

GEERTZ, Clifford. *La interpretación de las culturas,* , Barcelona, Gedisa, 2003

GLUCKMAN, Max (editor). *The ritual of social relations,* Manchester, Manchester University Press, 1962

GÓNGORA, Mario. *Ensayo histórico sobre la noción de Estado en Chile en los siglos XIX y XX,* Santiago, Editorial Universitaria, 2003

GONZÁLEZ, Felipe (editor). *Libertad de expresión en Chile*. Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2006.

GRANADA OSTALOZA, Jorge. *El derecho de reunión*. Santiago, Imprenta Dirección Nacional de Prisiones, 1943

GUASTINI, Riccardo. *Estudios de teoría constitucional*. México, Distribuciones Fontamara, 2001

HAAS, Evelyn. *El derecho de reunión*. Santiago, Tribunal Constitucional de Chile, 2002

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 1998

----- *Ensayos políticos*. Barcelona, Ediciones Península, 1994

----- *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona, Editorial Gustavo Gilli, 1994.

HAGE, Jaap, y, VON DER PFORDTEN, Dietmar (editores). *Concepts in law*, Springer (e-book), 2009

HEGEL, G. W. F. *Fenomenología del espíritu*. México, Fondo de Cultura Económica, 2009

HELLER, Hermann. *La soberanía. Contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México, Fondo de cultura económica, 1995

HOHFELD, W. N. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Buenos Aires, Distribuciones Fontamara, 1992

HUMERES MAGNAN, Héctor. *La huelga*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1957

INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, *Informe anual 2013. Programa de Derechos Humanos y Función Policial*, Santiago, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2013.

JACKSON, Frank y SMITH, Michael (eds). *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*. New York, Oxford University Press, 2005

KANT, Immanuel. *Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho*. México, UNAM, 1968

-----*¿Qué es Ilustración?*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988

KELSEN, Hans. *Esencia y valor de la democracia*. Madrid, Ediciones Guadarrama, 1977

-----*Teoría pura del derecho*. México, UNAM, 1982

LAPORTA, Francisco. *Entre el derecho y la moral*. México, Fontamara, 1995

LECHNER, Norbert. *La conflictiva y nunca acabada construcción del orden deseado*. Santiago, FLACSO, 1984

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. *El derecho de reunión y manifestación en el ordenamiento constitucional español*. Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995

MACPHERSON, C. B. *La democracia liberal y su época*. Madrid, Alianza Editorial, 1997

MANTILLA, Fabricio y PIZARRO Wilson, Carlos (coordinadores). *Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet*. Santiago, Fundación Fernando Fueyo, 2008

MARSHALL, Geoffrey. *Teoría constitucional*. Madrid, Espasa-Calpe, 1982

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid, Trotta, 1998

MENDEZ, Ricardo (coordinador). *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002

MENÉNDEZ, Agustín y ERIKSEN, Erik (editores). *Arguing Fundamental Rights*. Dordrecht, Springer, 2006

MILL, John Stuart. *On liberty*. Londres, J. W. Parker and Son, 1859

-----*Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 2013.

NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997

-----*Fundamentos de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2000

NÚÑEZ, José Ignacio (coordinador), *Nuevas Perspectivas en Derecho Público*. Santiago, Editorial Librotecnia, 2011

OPP, Karl-Dieter. *Theories of political protest and social movements. A multidisciplinary introduction, critique, and synthesis*, Routledge (e-book), 2009

ORESTES AGUILAR, Héctor (prólogo y selección de textos). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México, Fondo de Cultura Económica, 2001

PÉREZ LUÑO, Antonio. *Los derechos fundamentales*. Madrid, Tecnos, 2004

RANCIÉRE, Jacques. *Política, policía, democracia*. Santiago, LOM, 2006

RAWLS, John. *Teoría de la justicia*. México, Fondo de cultura económica, 2006

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, et al. *Panorama jurídico de las administraciones públicas en el siglo XXI*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2002

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Buenos Aires, Losada, 2003

ROWLANDS, Jorge, y, AYLWIN, José (compiladores). *Desafíos para una ciudadanía plena en Chile hoy*. Temuco, Observatorio de los Derechos de los Pueblo Indígenas, 2012

SALAZAR, Gabriel. 1990. *Violencia política popular en las “Grandes Alamedas”*, Santiago, Ediciones SUR.

SALAZAR, Gabriel, y PINTO, Julio. 1999. *Historia contemporánea de Chile I. Estado, legitimidad, ciudadanía*, Santiago, LOM.

SALAZAR, Pedro. *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*. México, Fondo de Cultura Económica, 2006

SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *La libertad y sus problemas*. Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1961

SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid, Alianza, 2001

-----*Teología política*. Buenos Aires, Struthartt & Cía., 1985

SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, socialismo y democracia*. Barcelona, Ediciones Folio, 1984

SCHWABE, Jürgen. *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. *Tratado de derecho constitucional: Tomo IV*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997

-----*Tratado de Derecho Constitucional, La Constitución de 1980, Antecedentes y génesis, Tomo III*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997

-----*Tratado de derecho constitucional, Volumen 13º*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997-2008

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro. *Tratado de derecho constitucional, Tomo II*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963

SINGER, Peter. *Democracia y desobediencia*. Barcelona, Ariel, 1985

SKINNER, Quentin. *Fundamentos del pensamiento político moderno: II. La reforma*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986

SOREL, Georges. *Reflexiones sobre la violencia*. Buenos Aires, Editorial La Pléyade, 1973

SORIANO, Ramón. *La desobediencia civil*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1991

SPINOZA, Baruch. *Las cartas del mal*, Buenos Aires, Caja Negra, 2006

SQUELLA, Agustín. *Introducción al derecho*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000

SQUELLA, Agustín (editor). *Filosofía y política en Rawls*, Edeval, Valparaíso, 2007

THOREAU, Henry David. *Desobediencia civil*, Santiago, Editorial Universitaria, 1970

TILLY, Charles. *Social movements, 1768-2004*, London, Paradigm Publishers, 2004

TURNER, Víctor. *The ritual process*, New York, Cornell University Press, 1991

VILLEY, Michel. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1976

V. V. A. A., *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después*, Tomo V, México, Universidad Autónoma de México, 1988

V. V. A. A., *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009

V. V. A. A., *Seminario internacional: Seguridad democrática y derechos humanos, 20 de julio de 2012*, Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2012.

V.V.A.A., *Jornadas sobre libertad de expresión y leyes de medios*, Observatorio de comunicación y medios, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2014

WEBER, Max. *El político y el científico*. Buenos Aires, Ediciones Libertador, 2008.

ZIZEK, Slavoj. *Violence. Six sideways reflections*, New York, Picador, 2008

2. Tesis o memorias

RODRIGO, Claudia e HIDALGO, Alejandra. Análisis crítico de la huelga en la legislación chilena, Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales (profesor guía: Ricardo Juri Sabag), Universidad de Chile, Santiago, 2010

ARAYA, Rodrigo (et al). *La jurisprudencia del recurso de protección*, profesores guía Paulino Varas y Salvador Mohor, Memoria para optar al grado de

licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1998

GONZÁLEZ, Felipe. *Orden público y libertad de expresión: elementos para su análisis*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1985

MARSHALL, Pablo. *Sobre los derechos fundamentales y su eficacia*. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales. Santiago, Chile, Universidad de Chile, 2007

MÉNDEZ, Claudio. *Derechos de reunión y asociación en la Constitución de 1980*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1981

RAMÍREZ SOTO, Johanna. *Orden público. Concepto, evolución y su consagración en la Constitución Política de la República*, Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Escuela de Derecho, 2004

3. Artículos de revistas

ATRIA, Fernando. ¿Existen derechos sociales?, *Revista DOXA*, Universidad de Alicante, N° 4, 2004

----- La verdad y lo político (I). La verdad y su dimensión constitutiva, *Persona y sociedad*, Universidad Alberto Hurtado, Vol. 23, N° 1, 2009

AVRITZER, Leonardo. Teoría democrática, esfera pública y deliberación, *Revista Metapolítica*, volumen 4, número 14, 2000

AYALA CORAO, Carlos. El derecho humano a la libertad de expresión: límites aceptados y responsabilidades ulteriores, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 6, N° 1, 2000

BAYLOS, Antonio. Estado democrático de derecho y amplio reconocimiento del derecho de huelga, *Derecho Laboral*, Tomo LIV, N° 242, 2011

BENÉITEZ, Benita. La ciudadanía de la democracia ateniense, *Foro Interno*, N° 5, 2005.

BLAIR TRUJILLO, Elsa. Aproximación teórica al concepto de violencia: avatares de una definición, *Revista Política y cultura*, N° 32, 2009

BRAVO, Nazareno. Movimientos sociales y acción colectiva como bases de la filosofía latinoamericana, *Polis. Revista de la Universidad Bolivariana*, Vol. 9, N° 27, 2010.

BRIETZKE, Paul. How and why the Marketplace of ideas fails, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 31, N° 3, 1997

BULNES, Luz y VERDUGO, Mario. Participación ciudadana y plebiscitos comunales, *Revista de Derecho Público*, Vol. 70, 2008

CAMARGO, Ricardo. Revolución, acontecimiento y teoría del acto. Arendt, Badiou y Zizek, *Ideas y valores*, N° 144, 2010

CARBONELL, Miguel. La libertad de asociación y de reunión en México, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Fundación Konrad Adenauer, Tomo II, Año 12, 2006

CAROCA, Luis y CABELLO, Sebastián. El coto vedado como fundamento de la desobediencia civil, *Revista Derecho y Humanidades*, N° 18, Santiago, 2011

CARVAJAL, Patricio. Derecho de resistencia, derecho a la revolución, desobediencia civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna, *Revista de Estudios Políticos*, N° 76, 1992

COHEN, Carl. Civil disobedience and the law, *Rutgers Law Review*, Vol. 21, 1966.

----- Law, Speech and Disobedience, *The Nation*, Vol. 202, N° 13, 1966.

CRUZ PARCERO, Juan. Leones, lenguaje y derechos. *Sobre la existencia de los derechos sociales* (Réplica a Fernando Atria), *Discusiones*, N° 4, 2005

DWORKIN, Ronald. Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 24, N° 1, 2004

EGUIGUREN, Francisco. Las libertades de pensamiento y expresión, de asociación y reunión en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana, *Pensamiento constitucional*, Año XVI, N° 16

FALCÓN Y TELLA, María José. Derechos humanos y desobediencia a la ley, *Revista de la Inquisición (intolerancia y derechos humanos)*, Vol. 13, 2009, p. 295

FERNÁNDEZ, Eusebio. El problema del fundamento de los derechos humanos, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad Complutense de Madrid, Vol. I, 1982

FREEMAN, Harrop. The right of protest and civil disobedience, *Indiana Law Journal*, Vol. 41, 1966

GAMONAL, Sergio. El derecho de huelga en la Constitución chilena, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 1, 2013

GARCÍA MANRIQUE, Ricardo. En torno a la libertad, la igualdad y la seguridad como derechos humanos básicos (acotaciones a Liborio Hierro), *Revista DOXA*, Universidad de Alicante, N° 23, 2000

GARGARELLA, Roberto. El derecho a la protesta social, *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 12, 2006, pp. 141-151.

----- Réplica a “Las paradojas de la democracia deliberativa” de Andrés Palacios Lleras, *Jurídicas*, Universidad de Caldas, Vol. 3, N° 2, 2006

GREPPI, Andrea. Los nuevos y los viejos derechos fundamentales, *Derechos y Libertades*, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año IV, N° 7, 1999

HAKSAR, Vinit. "The right to civil disobedience", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 41, N° 2-3, 2003

HIERRO, Liborio. ¿Qué derechos tenemos?, *Revista DOXA*, Universidad de Alicante, N° 23, 2000

INGBER, Stanley. The marketplace of ideas: A legitimizing myth, *Duke Law Journal*, Vol. 1984, N° 1, 1984

IZU BELLOSO, Miguel. Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 58, 1988

JAR COUSELO, Gonzalo. El papel de la policía en una sociedad democrática, *Revista española de investigaciones sociológicas*, N° 85, 1999

JAVATO, Antonio. Libertad de reunión y derecho penal. Análisis de los artículos 513y 514 del Código Penal, *Indret: Revista para el análisis del derecho*, N° 3, 2011

JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando. La noción de orden público en la Constitución Política, *Revista de Derecho Público*, Vol. 63, Universidad de Chile, Santiago, 2001

JIMÉNEZ, M. Angélica y MEDINA, Paula. Entrevista a Massimo Pavarini, *Nova Criminis*, N° 3, Universidad Central, Santiago, 2012

KALVEN, Harry. The concept of public forum: Cox v. Louisiana, *The Supreme Court Review*, 1965

KLEY, Andreas. Monopolio estatal de la violencia. Origen y futuro en términos de historia de las ideas (Traducción de Jesús Gualdrón), *Revista Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, N° 28, 2010

KUNSTMANN, Matías. Desobediencia civil y objeción de conciencia: los límites de la injusticia aceptables, *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 6, 1998

LAPORTA, Francisco. Sobre el concepto de derechos humanos, *Doxa*, N° 4, 1987

----- Respuesta a Pérez Luño, Atienza y Ruiz Manero, *Revista Doxa*, Universidad de Alicante, N° 4, 1987

LEONE, Massimo. Breve introducción a la semántica de la protesta, Cuadernos de información y comunicación, Vol. 17, 2012

LÓPEZ GONZÁLEZ, José Luis. Consideraciones de derecho comparado en torno a la libertad de reunión y manifestación, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, N° 11-12, 1995

LÓPEZ LARA, Álvaro. Los rituales y la construcción simbólica de la política. Una revisión de enfoques, *Revista Sociológica*, Año 19, N° 57, 2005

MARELIC, Branislav. Derechos humanos y manifestaciones públicas en Chile durante 2011: la audiencia pública ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Anuario de Derechos Humanos*, N° 8, 2012

MARTIN, Brian. "Protest in a liberal democracy", *Philosophy and Social Action*, Vol. 20, N°1-2, 1994

McKAY, Robert. Protest and dissent: action and reaction, *Utah Law Review*, 1966.

MILGRAM, Stanley. Los peligros de la obediencia, en: Polis, *Revista de la Universidad Bolivariana*, Vol. 4, N° 11, Santiago, 2005.

MITCHELL, Don. The liberalization of free speech: Or, how protest in public space is silenced, *Stanford Agora*, Vol. 4.

MONTALVO, Juan Carlos. Concepto de orden público en las democracias contemporáneas, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 22, tomo II, 2010

NOGUEIRA, Humberto. La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno, *Ius et Praxis*, vol. 12, n° 2, Talca, 2006.

NÚÑEZ POBLETE, Manuel. El neoconstitucionalismo y el recurso a los valores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 34, 2010

OFFE, Claus. Crisis and Innovation of Liberal Democracy: Can deliberation be institutionalised?, *Sociologický časopis/Czech Sociological Review*, N° 03, 2011

PECES-BARBA, Gregorio. Derechos fundamentales, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, n. 2, 1987

PÉREZ LUÑO, Antonio. Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta), *Revista DOXA*, Universidad de Alicante, N° 4, 1987

----- El concepto de los derechos humanos y su problemática actual, *Derechos y libertad: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, 1993

PETER, Fabienne. The human right to political participation, *Journal of Ethics and Social Philosophy*, Vol. 7, N° 1, 2013

PINTORE, Anna. Democracia sin derechos. En torno al Kelsen democrático, *Doxa*, N° 23, 2000

PLÁ BARNIOL, Carlos. Orden y seguridad: una antología, *Cuadernos de Trabajo Social*, Universidad Complutense, N° 7, 1994

POST, Robert. Recuperating First Amendment doctrine, *Stanford Law Review*, Vol. 47, 1995

----- Reconciling theory and doctrine in First Amendment jurisprudence, *California Law Review*, Vol. 88, N° 6, 2000

RÍOS, Lautaro. La participación del pueblo chileno en la vida nacional: Un sueño sin despertar, *Revista de Derecho Público*, N° 76, 2012

RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel. Orden político y orden penal, *Revista chilena de derecho*, Vol. 22, N° 2, 1995

RUIZ-TAGLE, Pablo. Desobediencia civil, terrorismo y derechos fundamentales, *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 12, 2006

SOLOZÁBAL, Juan José. La configuración constitucional del derecho de reunión, Parlamento y Constitución. *Anuario*, Universidad de Castilla-La Mancha, N° 5, 2001

SOTO BARRIENTOS, Francisco. El derecho de participación en el sistema constitucional chileno, *Revista catalana de dret públic*, N° 37, 2008

SILVA BASCUÑÁN, Alejandro y SILVA GALLINATO, María Pía. Derechos humanos en la constitución de 1925, *Ius et Praxis*, Vol. 9, N° 1, 2003

SILVA JIMENEZ, Ana María. Hacia una Democracia participativa. La teoría elitista y la teoría participacionista de la democracia. *Rev. derecho (Valdivia)*. [online]. Dic. 1993, Vol.4.

SQUELLA, Agustín, Una descripción del derecho, *Isonomía*, N° 27, 2007

TAPIA, Mauricio. Contrapunto sobre la modificación al artículo 234 del Código Civil relativo a la facultad de los padres de corregir a los hijos, *Revista chilena de Derecho*, Santiago, vol. 35, N°1, 2008

TEJOS, Álvaro. Estado de excepción constitucional, *Revista de Derecho Público*, Vol. 68, Santiago, 2006

TILLY, Charles. 2005. La democratización mediante la lucha. *Sociológica*. Año 19, N° 57.

TÓRTORA, Hugo. Las limitaciones a los derechos fundamentales, *Estudios constitucionales*, Año 8, N° 2, 2010

TURNER, Ralph. The public perception of protest, *American Sociological Review*, Vol. 34, N° 6, 1969.

VERDUGO, Mario. Notas sobre el principio de la supremacía constitucional y los decretos supremos de ejecución, *Estudios constitucionales*, Año 1, N° 1, 2003

VIDAL, Tomás. Derecho de reunión y manifestación, Parlamento y Constitución. *Anuario*, Universidad de Castilla-La Mancha, N° 1, 1997

WALZER, Michael. The obligation to disobey, *Ethics*, Vol. 77, N° 3, 1967

YOUNG, Iris. Activist Challenges to Deliberative Democracy, *Political Theory*, Vol. 29, N° 5, 2001

ZALAUQUETT, José. La desobediencia civil en John Rawls y la ética de medidas de excepción y medidas extremas, *Revista Derecho y Humanidades*, Universidad de Chile, N° 12, 2006

ZAPATA, Patricio. El derecho a disentir ante la ley penal. Análisis del artículo 6° letra i) de la Ley 12.927 de Seguridad del Estado, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, N° 2, 1986

4. Documentos en línea

ASESORÍA CIUDADANA, "¿Existe algún delito en las tomas de establecimientos educacionales?", Revista Digital Ballotage, publicado el 03/08/2011, en: <http://ballotage.cl/2011/08/existe-algun-delito-en-las-tomas-de-establecimientos-educacionales/>

ATRIA, Fernando. "Una sentencia insólita", publicada en El Mostrador. 11/09/2014. <En Línea>. Disponible en: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2014/09/11/una-sentencia-insolita/>

CONTESSE, Jorge y LOVERA, Domingo. "Tomas en el Instituto Nacional: legalidad y política". Publicada el 22 de agosto de 2014 en CIPER CHILE. <En Línea>. Disponible en: <http://ciperchile.cl/2014/08/22/tomas-en-el-instituto-nacional-legalidad-y-politica/>

DERRIDA, Jacques. "Nombre de pila de Walter Benjamin", en: Fuerza de ley. El "fundamento místico de la autoridad", Madrid, Tecnos, 1997, pp. 69-151 (versión en línea de "Derrida en castellano, disponible en: http://web.archive.org/web/20071011123257/http://jacquesderrida.com.ar/textos/walter_benjamin.htm).

FACUSE, Nicolás y SOTO, Víctor. "Ley Hinzpeter: la derrota del populismo penal", en: El Mostrador, publicada el 09 de agosto de 2013, disponible en el siguiente sitio electrónico: <http://www.elmostrador.cl/opinion/2013/08/09/ley-hinzpeter-la-derrota-del-populismo-penal/>

GÓMEZ RAMOS, Antonio. "Política sin medios y violencia sin fines: Hannah Arendt y Walter Benjamin sobre la violencia", ensayo disponible on-line en: https://www.academia.edu/5658439/Politica_sin_medios-violencia_sin_fin._Hannah_Arendt_y_Walter_Benjamin_sobre_la_violencia

LUTHER, Martin. "Secular authority: to what extent it should be obeyed" (1523), disponible en línea: <http://ollc.org/wp-content/uploads/2013/11/Secular-Authority-To-What-Extent-It-Should-Be-Obeyed.pdf>

OBSERVADORES DE DDHH-CASA MEMORIA JOSÉ DOMINGO CAÑAS, *Informe Anual Octubre 2011-Octubre 2012: La realidad de la protesta social en Chile. Rol del Estado, actuar policial y vulneración de derechos*, Santiago, 2013. Disponible on line en: <http://www.observadoresddhh.org/wp-content/uploads/2012/12/2012-12-10-Informe-2012-OBDDH-Casa-Memoria-.pdf>.

PARDO, Soledad. "Algunas consideraciones sobre el derecho constitucional de reunión", *Centro de Estudios Ius Novum*, Enero, 2013. En: <http://www.iusnovum.com/wordpress/algunas-consideraciones-sobre-el-derecho-constitucional-de-reunion/> [citado el 03-02-2014, 22:14 horas]

PIERRON, Jean-Philippe. "Filosofía: La ética de la indignación", en: <http://www.revistacriterio.com.ar/nota-tapa/filosofia-la-etica-de-la-indignacion/> (citado el 18/06/2013, 1:27 horas)

QUEZADA, Flavio. "Autorización previa del ejercicio del derecho de reunión", BCN. Blog legal, enviado por Diario Constitucional el 31/05/2012, en: <http://bloglegal.bcn.cl/autorizacion-previa-del-ejercicio-del-derecho-de-reunion> [visitado el 06-02-2014, 22:05]

RODRÍGUEZ, Esteban. "No hay democracia sin protesta. Las razones de la queja", Entrevista a Roberto Gargarella. En: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/No_hay_derecho_sin_protesta_Entrevista_a_Roberto_Gargarella.pdf

SOTO MARTÍNEZ, Víctor. "El derecho a la protesta y su expresión normativa", ponencia presentada en el IV Congreso estudiantil de Teoría Constitucional (2009), disponible en: http://congresoconstitucional.cl/wp-content/uploads/2010/08/victorsoto_1252892663.pdf